

الجزء الخامس من

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الأمة السرخسي

(تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

Maktaba Tul Ishaat.com

بسم الله الرحمن الرحيم

باب نكاح البكر

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا زوج الرجل ابنته الكبيرة وهى بكر فبلغها فسكتت فهو رضاها والنكاح جائز عليها واذا أبت وردت لم يجز العقد عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى يجوز العقد وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى احتج بقوله صلى الله عليه وسلم ليس للولى مع الثيب أمر فتخصيص الثيب بالذكر عند نفى ولاية الاستبداد للولى بالتصرف دليل على أنه يستبد بتزويج البكر ولان هذه بكر فيملك أبوها تزويجها كما لو كانت صغيرة وهذا لما بينا أن بالبلوغ لا يحدث لها رأى فى باب النكاح فان طريق معرفة ذلك التجربة فكان بلوغها مع صفة البكارة كبلوغها مجنونة بخلاف المال والغلام فان الرأى هناك يحدث بالبلوغ عن عقل والدليل عليه أن للاب أن يقبض صداقها بغير أمرها اذا كانت بكراً فاذا جعل فى حق قبض الصداق كانها صغيرة حتى يستبد الأب بقبض صداقها فكذا فى تزويجها وحجتنا فى ذلك حديث أبى هريرة وأبى موسى الأشعري رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر زوجها أبوها وهى كارهة وفي حديث آخر قال فى البكر يزوجها وليها فان سكتت فقد رضيت وان أبت لم تكره وفى رواية فلا جواز عليها والدليل عليه حديث الخنساء فانها جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان أبى زوجنى من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة فقال صلى الله عليه وسلم أجيزى ماصنع أبوك فقالت مالى رغبة فيما صنع أبى فقال صلى الله عليه وسلم اذهبي فلا نكاح لك انكحى من شئت فقالت أجزت ماصنع أبى ولكنى أردت ان يعلم النساء ان ليس للآباء من أمور بناتهم شيء ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب فدل ان الحكم لايختلف وفى الحديث المعروف البكر تستأمر فى نفسها وسكوتها رضاها فدل ان أصل الرضا منها معتبر والشافعى رحمه الله تعالى لايعمل بهذا الحديث أصلا فانه يقول فى حق الأب والجد لايشترط رضاها

Maktaba Tul Ishaat.com

وفى تزويج غير الأب والجد لا يكتفي بسكوتها وما علق فى حديث آخر من الحق لها بصفة الثيوبة المراد به في حق الضم والتفرد بالسكني يعني ان للولى ان يضم البكر الى نفسه لانه يخاف عليها ان تخدع فانها لم تمارس الرجال ولم تعرف كيدهم وللثيب ان تنفرد بالسكني لانها آمنة من ذلك والمعنى فيه انها حرة مخاطبة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب وتأثيره ان الحرية والخطاب وصفان مؤثران فى استبداد المرء بالتصرف وزوال ولاية الافتيات عليه كما فى حق المال والغلام وبقاء صفة البكارة تأثيره فى عدم الاهتداء بسبب انعدام التجربة والامتحان ولهذا لاتثبت ولاية الافتيات عليه كما فى المال فان الظاهر ان من يبلغ لايكون مهتديا الى التصرفات قبل التجربة والامتحان ولكن الاهتداء وعدم الاهتداء لايوقف على حقيقته وتختلف فيه أحوال الناس فاقام الشرع البلوغ عن عقل مقام حقيقة الاهتداء تيسيراً للأمر على الناس وسقط اعتبار الاهتداء الذى يحصل قبل البلوغ بسبب التجربة ويسقط اعتبار الجهل الذى يبقى بعد البلوغ لعدم التجربة الا ترى ان البكر التى لا أب لها غير مهتدية كالتى لها أب ثم اعتبر رضاها فى تزويجها بالاتفاق وكذلك اقرارها بالنكاح يصح فلو كان بقاء صفة البكارة فى حقها كبقاء صفة الصغر لم يجز إقرارها بالنكاح واما قبض الصداق فعندنا لو نهت الأب عن قبض صداقها لم يكن له ان يقبض ولكنه عند عدم النهى له ان يقبض لوجود الاذن دلالة فان الظاهر ان البكر تستحى من قبض صداقها وان الأب هو الذى يقبض لتجهيزها بذلك مع مال نفسه الى بيت زوجها فكان له ان يقبض لهذا وبعد الثيوبة لاتوجد هذه العادة لان التجهيز من الآباء بالاحسان مرة بعد مرة لايكون فصار الأب فى المرة الثانية كسائر الاولياء ﴿ قال ﴾ وان سكتت حين بلغها عقد الأب فالنكاح جائز عليها لان الشرع جعل السكوت منها رضا لعلة الحياء فان ذلك يحول بينها وبين النطق فتكون بمنزلة الخرساء فكما تقوم اشارة الخرساء مقام عبارتها فكذلك يقام سكوت البكر مقام رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص فأما اذا بلغها العقد فسكتت لايتم العقد لأن الحاجة الى الاجازة هنا والسكوت لايكون اجازة منها لأن هذا ليس في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستئمار لايكون ملزما وحين يبلغها العقد الرضا يكون ملزماً فلا يثبت ذلك بمجرد السكوت ولكنا نقول هذا فى معني المنصوص لان عند الاستئمار لها جوابان نعم أولا فيكون

سكوتها دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة الى الرجال وكذلك اذا بلغها العقد فلها جوابان أجزت أو رددت فيجعل السكوت دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو الاجازة ﴿قال﴾ وكذلك لو ضحكت لان الضحك أدل علي الرضا بالتصرف من السكوت بخلاف ما اذا بكت فان البكاء دليل السخط والكراهة وقد قال بعض المتأخرين هذا اذا كان لبكائها صوت كالويل فأما اذا خرج الدمع من عينها من غير صوت البكاء لم يكن هذا رداً بل هى تحزن علي مفارقة بيت أبويها وانما يكون ذلك عند الاجازة وكذلك قالوا ان ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لايكون رضاً والضحك الذى يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس ﴿قال﴾ فان قال قبل النكاح ان فلانا يخطبك وأنا مزوجك اياه فسكتت ثم ذهب فزوجها جاز النكاح لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا خطب اليه بنت من بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يخطب فلانة ثم ذهب فزوجها ان سكتت وان نكتت خدرها باصبعها لم يزوجها وفى رواية أنه كان يقول ان فلانا يخطب فلانة فان كرهتيه قولى لا فانما طلب منها جواب الرد لا جواب الرضا فدل ان السكوت يكفى للرضا وفى الكتاب لم يشترط تسمية الصداق في الاستئمار وانما اشترط تسمية الزوج لان الظاهر ان اختلاف رغبتها يكون باختلاف الزوج وان الاب لايقف على مرادها فى حق الزوج فاما فى حق الصداق فالاب يعلم بمرادها فى ذلك وهو صداق مثلها فلا حاجة الى تسمية ذلك مع ان فى أصل النكاح الشرط تسمية الزوجين لاالمهر ففي الاستئمار أولى وبعض المتأخرين يقولون لابد من تسمية المهر في الاستئمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق والقلة والكثرة والذى بيناه فى الاب هو الحكم فى سائر الأولياء فهذا دليل على ان الاستئمار انما يكون معتبراً من الولى الذى يملك مباشرة العقد فاما الاجنبي اذا استأمرها فسكتت لم يكن له أن يزوجها لان سكوتها لعدم الالتفات الى استئمار الاجنبي فكانها قالت مالك وللاستئمار حين لم تكن بسبيل من العقد الا أن يكون الذى استأمرها رسول الولى فحينئذ الرسول قائم مقام المرسل وحكي عن الكرخى رحمه الله تعالى ان سكوتها عند استئمار الاجنبى يكون رضا لانها تستحي من الاجنبى أكثر مما تستحي من الولى ﴿قال﴾ واذا قالت البكر لم أرض حين بلغني وادعى الزوج رضاها فالقول قولها عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى القول قول الزوج لانه متمسك بما هو الاصل

Maktaba Tul Ishaat.com

وهو السكوت والمرأة تدعى عارضاً وهو الرد فيكون القول قول من يتمسك بالاصل كالمشروط له الخيار مع صاحبه اذا اختلفا بعد مضى المدة فادعى المشروط له الخيار الرد وأنكره صاحبه فالقول قوله لتمسكه بالاصل وهو السكوت وكذلك الشفيع مع المشترى اذا اختلفا فقال الشفيع علمت بالبيع أمس فطلبت الشفعة وقال المشترى بل سكت فالقول قول المشترى لتمسكه بما هو الاصل ولكنا نقول الزوج يدعى ملك بضعها وهذا ملك حادث وهى تنكر ثبوت ملكه عليها فكانت هى المتمسكة بالأصل فكان القول قولها كما لو ادعى أصل العقد وأنكرت هي وهذا لان ما قاله زفر رحمه الله تعالى نوع ظاهر والظاهر يكفى لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وحاجة الزوج هنا الى اثبات الاستحقاق وفى الحقيقة المسئلة تنبنى على مسئلة أخرى وهو انه اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وقال المولى قد دخلت عند زفر رحمه الله تعالى القول قول العبد لتمسكه بما هو الاصل وعندنا القول قول المولى لان حاجة العبد الى اثبات الاستحقاق والظاهر لهذا لا يكفى ولان عدم الدخول شرط للعتق ولا يكتفي بثبوت الشرط بطريق الظاهر فكذا هنا رضاها شرط لثبوت النكاح والظاهر لا يكفي لذلك فأما الشفيع اذا قال طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله وان قال علمت أمس وطلبت الآن فالقول قول المشترى لان حاجة المشترى الى دفع استحقاق الشفيع والظاهر يكفى للدفع وكذلك فى باب البيع فان سبب لزوم العقد وهو مضى مدة الخيار قد ظهر فحاجة الآخر الى دفع استحقاق مدعى الفسخ والظاهر يكفي لذلك فان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح والا فلا نكاح بينهما ولا يمين عليها فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تستحلف فان نكلت قضى عليها بالنكاح وأصل المسئلة ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحلف فى ستة أشياء فى النكاح والرجعة والفيء فى الايلاء والرق والنسب والولاء وعندهما يستحلف فى ذلك كله فيقضى بالنكول وقد ذكر في الدعوى فصلا شائعاً اذا ادعت الامة على مولاها انها أسقطت سقطاً مستبين الخلق وصارت أم ولد له بذلك وحجتهما فى ذلك ان هذه الحقوق تثبت مع الشبهات فيجوز القضاء فيها بالنكول كالاموال وهذا لان النكول قائم مقام الاقرار ولكن فيه نوع شبهة لانه سكوت والسكوت محتمل فانما يثبت به ما يثبت مع الشبهات ولهذا لا يثبت القصاص

Maktaba Tul Ishaat.com

بالنكول لانه يندرئ بالشبهات وانما يثبت بالنكول مايثبت بالابدال من الحجج نحو كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وهذه الحقوق تثبت بذلك فكذلك بالنكول لانه بدل عن الاقرار وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذه الحقوق لايجزى فيها البدل فلايقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس وبيان الوصف ظاهر فان المرأة لو قالت لانكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لايعمل بذلها وكذلك لو قال لست بابن لك ولا مولى ولكن أبذل لك نفسي أو قال أنا حر الاصل ولكن أبذل لك نفسي لتسترقني لايعمل بذله أصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لك ولكن أبذله لك لأتخلص من خصومتك كان بذله صحيحاً وتأثيره ان النكول بمنزلة البذل لا بمنزلة الاقرار فانا لو جعلناه بذلا يتوصل المدعي الى حقه مع بقاء المدعى عليه محقاً في انكاره واذا جعلناه اقرارا يجعل المدعى عليه مبطلا في انكاره وذلك لايجوز الا بحجة ولان النكول سكوت فهو الى ترك المنازعة أقرب منه الى الاقرار فانما يثبت به أدنى مايثبت بترك المنازعة وهو البذل فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين القصاص في النفس فان هناك يستحلف وان كان لايقضى بالنكول لان اليمين في النفس مقصودة لعظم أمر الدم الا ترى ان الأيمان في القسامة شرعت مكررة وفي هذه المسائل اليمين ليست بحق له مقصوداً وانما المقصود منه القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول لاحاجة الى الاستحلاف لكونه غير مفيد وبان كان يثبت بالابدال من الحجج فذلك لايدل على انه يستحلف فيه كتصديق المقذوف القاذف يثبت بالابدال من الحجج ولا يجري فيه الاستحلاف ﴿ قال ﴾ وان كان الزوج قد دخل بها ثم قالت لم أرض لم تصدق على ذلك لان تمكينها الزوج من نفسها أدل على الرضا من سكوتها الا ان يكون دخل بها وهي مكرهة فحينئذ القول قولها لظهور دليل السخط منها دون دليل الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك للزوج واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق وهذا لانه لايملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزوم العقد عليها أيضا ﴿ قال ﴾ واذا زوج ابنه الكبير فبلغه فسكت لم يكن رضا حتى يرضى بالكلام أو بفعل يكون دليل الرضا لان في حق الانثى السكوت جعل رضا لعلة الحياء وذلك لايوجد في الغلام فانه لايستحي من الرغبة في النساء ولان السكوت من البكر محبوب في الناس عادة وفي حق الغلام السكوت مذموم لانه دليل على التخنث فلهذا لا يقام سكوته مقام رضاه

Maktaba Tul Ishaat.com

﴿ قال ﴾ واذا مات زوج البكر قبل أن يدخل بها بعد ماخلابها زوّجها أبوها بعد انقضاء العدة كما تزوج البكر لان صفة البكارة قائمة والحياء الذى هو علة قائم فان بوجوب العدة والمهر لايزول الحياء فلهذا يكتفي بسكوتها وان جومعت بشبهة أو نكاح فاسد لم يجز تزويجها بعد ذلك الا برضاها ولايكتفي بسكوتهافى هذا الموضع لانها ثيب لقوله صلى الله عليه وسلم والثيب تشاور فاما اذا زنت يكتفى بسكوتها عند التزويج عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندأبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى لايكتفى بسكوتها لانها ثيب لان الثيب اسم لامرأة يكون مصيبها عائداً اليها مشتق من قولهم ثاب أى رجع والبكر اسم لامرأةمصيبها يكون أول مصيب لها لان البكارة عبارة عن أولية الشئ ومنه يقال لاول النهار بكرة وأول الثمار باكورة والدليل عليه انها تستحق من الوصية للثيب دون الوصية للابكار واذا كانت ثيباًأوجب مشورتها بالنص ولايجوز الاشتغال بالتعليل مع هذا لانه يكون تعليلا لابطال حكم ثابت بالنص ولان الحياء بعد هذا يكون رعونة منها فانها لما لم تستح من اظهارالرغبة في الرجال على أخش الوجوه كيف تستحى من اظهار الرغبة على أحسن الوجوه بخلاف حياء البكر لانه حياء كرم الطبيعة وذلك أمر محمود وهذه لو كان فيها حياء انما هو استحياء من ظهور الفاحشة وذلك غير ماورد فيه النص ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول صاحب الشرع انما جعل سكوتها رضا لاللبكارة بل لعلة الحياء فان عائشة رضى الله تعالى عنها لما اخبرت أنها تستحى فحينئذ قال سكوتها رضاها وغلبة الحياء هنا موجودة فانها وان أبتليت بالزنا مرة لفرط الشبق أو أكرهت على الزنا لاينعدم حياؤها بل يزداد لان فى الاستنطاق ظهور فاحشتها وهى تستحي من ذلك غاية الاستحياء وهذا الاستحياء محمود منها لانها سترت ماعلى نفسها وقد أمرت بذلك قال صلى الله عليهوسلم من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله وقبل هذا الفعل انما كانت لاتستنطق لان الاستنطاق دليل ظهور رغبتها فى الرجال فاذا سقط نطقها فى موضع يكون النطق دليل رغبتها في الرجال على أحسن الوجوه فلان يسقط نطقها فى موضع يكون النطق دليل الرغبة فى الرجال على أخش الوجوه كان أولى بخلاف ما اذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لان الشرع أظهر ذلك الفعل عليها حين ألزم المهر والعدة وأثبت النسب بذلك الفعل وهنا الشرع ماأظهر ذلك عليها اذلم يعلق به شيئا من الاحكام وأمرها بالستر على نفسها فان

Maktaba Tul Ishaat.com

أخرجت وأقيم عليها الحد فالصحيح انه لايكتفى بسكوتها أيضا بعد ذلك وكذلك اذا صار الزنا عادة لها وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى يقول فى هذين الفصلين يكتفى بسكوتها أيضا لانها بكر شرعا . ألا ترى أنها تدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان فى الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ولا يكتفي بسكوتها فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء ولو زالت بكارتها بالوثبة أو الطفرة أو بطول التعنيس يكتفى بسكوتها عندنا وفى أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى هي بمنزلة الثيب استدلالا بالبيع فانه لو باع جارية بشرط انها بكر فوجدها المشترى بهذه الصفة كان له ان يردها فدل انها ليست ببكر بعدما أصابها ما أصابها ولكنا نقول هى بكر لان مصيبها أول مصيب لها الا انها ليست بعذراء و العادة بين الناس انهم باشتراط البكارة فى السرائر يريدون صفة العذرة فلهذا ثبت حق الرد فأما هذا الحكم تعلق بالحياء أو بصفة البكارة وهما قائمان الا ترى ان عائشة رضى الله عنها لما افتخرت بالبكارة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم اشارت الى هذا المعنى فقال رأيت لو وردت واديين احدهما رعاها أحد قبلك والاخرى لم يرعها أحد قبلك الى ايهما تميل فقال صلى الله عليه وسلم الى التى لم يرعها أحد قبلى فقالت انا ذاك فعرفنا انها مالم توطأ فهي بكر ﴿قال﴾ واذا زوج البكر أبوها من رجل وأخوها من رجل آخر بعده فأجازت نكاح الاخ جاز ذلك عليها ولم يجز نكاح الاب وهو بناء على أصلنا ان العقد لا يجوز الا برضاها سواء كان المباشر ابا أو أخا فانما وجد شرط نفوذ نكاح الاخ وهو رضاها بذلك ومن ضرورة رضاها بنكاح الاخ رد نكاح الاب فلهذا يبطل نكاح الاب ﴿قال﴾ واذا زوجها وليها بغير أمرها فلم يبلغها حتى ماتت هى أو مات الزوج لم يتوارثا لان النكاح لا ينفذ عليها الا برضاها والارث حكم يختص بالنكاح الصحيح المنتهى بالموت ولم يوجد فهو بمنزلة النكاح الفاسد اذا مات فيه أحدهما لم يتوارثا ﴿قال﴾ وان زوجها أبوها وهو عبد أو كافر ورضيت به جاز لان العقد كان موقوفا على اجازتها الا ترى انها لو أذنت في الابتداء نفذ عقده باذنها فكذلك اذا أجازت فى الانتهاء ولكن لانقول سكوتها رضا منها لان العاقد لم يكن وليا لها والحاجة في عقد غير الولى الى توكيلها لا الى رضاها والتوكيل غير الرضا فان التوكيل انابة والرضا اسقاط حق الرد فلهذا لايثبت التوكيل بالسكوت وهذا يبين لك ماقلنا ان الصحيح فى استئمار الأجنبي انه لايكتفي بسكوتها ﴿قال﴾ واذا زوج البكر

وليها

Maktaba Tul Ishaat.com

وليها بأمرها وزوجت هي نفسها فان قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج لانها أقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا أدرى أيهما أول ولا يعلم ذلك فرق بينهما لانه لايمكن تصحيح نكاحهما فان المرأة لاتحل لرجلين بالنكاح وليس أحدهما بأولى من الآخر فيفرق بينها وبينهما لهذا وكذلك لو زوجها وليان بأمرها والثيب والبكر فى هذا سواء لما بينا ﴿ قال ﴾ واذا زوّج البكر وليها فأخبرها بذلك فقالت لا ارضى ثم قالت قد رضيت فلا نكاح بينهما لان العقد قد بطل بينهما بردها فانما رضيت بعد ذلك بالعقد المفسوخ وذلك باطل ولهذا جرى الرسم بتجديد العقد عند الزفاف لانها فى المرة الاولى تظهر الرد وغير ذلك لا يحمد منها ثم لا يزال بها أو لياؤها يرغبونها حتى رضيت فلو لم يتجدد العقد كانت تزف الى أجنبي فلهذا استحسنا تجديد العقد عند الزفاف ﴿ قال ﴾ واذا استؤمرت فى نكاح رجل خطبها فابت ثم زوجها الولى منه فسكتت فهو رضاها لانها لما أبت بطل استئمارها فكانه زوجها من غير استئمار فيكون سكوتها رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول هنا لايجوز ولا يكون سكوتها رضا لانها قد صرحت بالسخط فكيف يكون سكوتها بعد ذلك دليل رضاها ولكنا نقول قد يسخط المرء الشئ فى وقت ويرضى به فى وقت آخر فسخطها قبل العقد لا يمنعنا ان نجعل سكوتها رضا بعد العقد والله أعلم بالصواب

باب نكاح الثيب

﴿ قال ﴾ قد بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة وهي تريد عم صبيانها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينها وبين الذى زوجها منه أبوها ثم زوجها عم ولدها وهذه المرأة كانت ثيبا لان الراوى قال وهي تريد عم صبيانها فهذا دليل على ان نكاح الاب الثيب لاينفذ بدون رضاها وهو مجمع عليه ولا يكون للشافعى فى هذا الحديث حجة علينا في البكر لان ضد هذا الحكم فى حق البكر مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة ولانه خص الثيب بالذكر وتخصيص الثيب بالذكر لايدل على أن الحكم في غيرها بخلافه ثم في هذا الحديث دليل على أن الولى اذا امتنع عن التزويج زوجها الامام فان الاب هنا امتنع من تزويجها ممن أرادت فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم بولاية الامامة وفيه دليل على ان اختيار الازواج اليها لا الى الولى لأنها هي التى تعاشر الازواج فانما تحسن

Maktaba Tul Ishaat.com

العشرة مع من تختاره دون من يختاره الولى ﴿قال﴾ واذا زوج الثيب أبوها فبلغها فسكتت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح لان الاصل فى السكوت أن لا يكون رضا لكونه محتملا في نفسه وانما أقيم مقام الرضا فى البكر لضرورة الحياء والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولا ضرورة في حق الثيب فلهذا لا يكتفي بسكوتها عند الاستئمار ولا اذا بلغها العقد والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النكاح بغير ولى

﴿قال﴾ رضى الله عنه بلغنا عن علي بن أبى طالب رضى الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها برضاها فجاء أولياؤها فخاصموها الى علي رضى الله عنه فأجاز النكاح وفى هذا دليل على أن المرأة اذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولى أن يزوجها فزوجها جاز النكاح وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى سواء كانت بكراً أو ثيباً اذا زوجت نفسها جاز النكاح فى ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفؤاً لها أو غير كفء فالنكاح صحيح الا أنه اذا لم يكن كفؤاً لها فللأولياء حق الاعتراض. وفى رواية الحسن رضى الله عنه ان كان الزوج كفؤاً لها جاز النكاح وان لم يكن كفؤاً لها لا يجوز وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا يقول لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء اذا كان لها ولى ثم رجع وقال ان كان الزوج كفؤاً جاز النكاح والا فلا ثم رجع فقال النكاح صحيح سواء كان الزوج كفؤاً لها أو غير كفء لها وذكر الطحاوى قول أبي يوسف رحمهما الله تعالى ان الزوج ان كان كفؤاً أمر القاضى الولىّ باجازة العقد فان أجازه جاز وان أبى أن يجيزه لم ينفسخ ولكن القاضى يجيزه فيجوز وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتوقف نكاحها على اجازة الولى سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فان أجازه الولى جاز وان أبطله بطل الا أنه اذا كان الزوج كفؤاً لها ينبغى للقاضى أن يجدد العقد اذا أبى الولى أن يزوجها منه وعلى قول مالك والشافعى رحمهما الله تعالى تزويجها نفسها منه باطل على كل حال ولا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا سواء زوجت نفسها أو بنتها أو أمتها أو توكلت بالنكاح عن الغير ومن العلماء رحمهم الله تعالى من يقول اذا كانت غنية شريفة لم يجز تزويجها نفسها بغير رضا الولى وان كانت فقيرة خسيسة يجوز لها أن تزوج نفسها من غير رضا الولي ومنهم من فصل بين البكر والثيب وهم أصحاب الظواهر اما من شرط الولى استدل بقوله

تعالى ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن . وقال الشافعي رحمه الله تعالى وهذه أبين آية في
كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لايجوز بغير ولىّ لانه نهى الولى عن المنع وانما يتحقق
المنع منه اذا كان الممنوع في يده وفى حديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل واذا دخل بها فلها
المهر بما استحل من فرجها لاوكس ولا شطط فان تشاجرا فالسلطان ولىّ من لا ولى له وفى
الحديث المشهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولى وفي حديث ابن عباس
رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح
خاطب وولىّ وشاهدا عدل وفى حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها وانما الزانية هي التي تنكح نفسها وان
عائشة رضى الله عنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول اعقدوا فان النساء لايعقدن
والمعنى فيه أنها ناقصة بنقصان الانوثة فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونة
وهذا لان النكاح عقد عظيم خطره كبير ومقاصده شريفة ولهذا أظهر الشرع خطره
باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات فلاظهار خطره تجعل مباشرته مفوضة
الى أولى الرأى الكامل من الرجال لان النساء ناقصات العقل والدين فكان نقصان عقلها
بصفة الانوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر ولهذا قال محمد رحمه الله تعالى ان عقدها يتوقف
على اجازة الولى كما ان عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على اجازة الولى وعلى قول الشافعي
رحمه الله تعالى لا ينعقد العقد بعبارتها أصلا كما لا ينعقد التصرف بعبارة الصغيرة عنده
والدليل عليه ثبوت حق الاعتراض للاولياء اذا وضعت نفسها في غير كفء ولو ثبتت لها
ولاية الاستبداد بالمباشرة لم يثبت للاولياء حق الاعتراض كالرجل وكذلك تملك مطالبة
الولى بالتزويج ولو كانت مالكة للعقد على نفسها لما كان لها ان تطالب الولى به والدليل على
اعتبار نقصان عقلها انه لم يجعل اليها من جانب رفع العقد شئ بل الزوج هو الذى يستبد
بالطلاق واما من جوز النكاح بغير ولى استدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في
أنفسهن وبقوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره وقوله تعالى ان ينكحن أزواجهن اضاف
العقد اليهن في هذه الآيات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعضل المنع حسا بأن يحبسها
في بيت ويمنعها من ان تتزوج وهذا خطاب للازواج فانه قال في أول الآية واذا طلقتم

Maktaba Tul Ishaat.com

النساء وبه نقول ان من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعها من التزوج بزوج آخر واما الاخبار فقوله صلى الله عليه وسلم الايم أحق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لازوج لها بكراً كانت أو ثيباً وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة وهو اختيار الكرخي رحمه الله تعالى قال الايم من النساء كالاعزب من الرجال بخلاف ماذكر محمد رحمه الله تعالى ان الايم اسم للثيب وقد بيناه هذا في شرح الجامع وقال صلى الله عليه وسلم ليس للولي مع الثيب أمر وحديث الخنساء حيث قالت بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكني أردت ان تعلم النساء ان ليس الى الآباء من أمور بناتهم شيء ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة رضى الله عنها اعتذرت باعذار من جملتها ان أولياءها غيب فقال صلى الله عليه وسلم ليس في أوليائك من لا يرضي بي قم ياعمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين وعن عمر وعلي وابن عمر رضي الله تعالى عنهم جواز النكاح بغير ولي وان عائشة رضى الله تعالى عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر ابن الزبير وهو غائب فلما رجع قال أومثلي يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها أوترغب عن المنذر والله لتملكنه أمرها وبهذا تبين أن ماروا من حديث عائشة رضى الله تعالى عنها غير صحيح فان فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل وهن الحديث ومدار ذلك الحديث على الزهري وأنكره الزهري وجوز النكاح بغير ولي ثم هو محمول على الامة اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها أو على الصغيرة أو على المجنونة وكذلك سائر الاخبار التي رووا على هذا تحمل أو على بيان الندب ان المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها والمعني فيه أنها تصرفت في خالص حقها ولم تلحق الضرر بغيرها فينعقد تصرفها كما لو تصرفت في مالها وبيان الوصف أن النكاح من الكفء بمهر المثل خالص حقها بدليل أن لها أن تطالب الولي به ويجبر الولي على الايفاء عند طلبها وهي من أهل استيفاء حقوق نفسها فانما استوفت بالمباشرة حقها وكفت الولي مؤنة الايفاء فهو نظير صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاؤه صحيحا فكذلك هنا والدليل عليه ان اختيار الازواج اليها بالاتفاق والتفاوت في حق الاغراض والمقاصد انما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الازواج وكذلك اقرارها بالنكاح صحيح على نفسها ولو كانت بمنزلة الصغيرة ماصح

Maktaba Tul Ishaat.com

اقرارها بالنكاح وكذلك يعتبر رضاها فى مباشرة الولى العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها ويجب على الولى تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الايفاء بطلبها وانما يثبت لها حق مطالبة الولى لنوع من المروءة وهو أنها تستحى من الخروج الى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويعد هذا رعونة منها ووقاحة ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها كما ورد الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لان هذا النهى لنوع من المروءة فلا يمنع جواز المنهي عنه واذا زوجت نفسها من غير كفء فقد ألحقت الضرر بالاولياء فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم كما أن الشفيع يثبت له حق الاخذ بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه ولان طلب الكفاءة لحق الأولياء فلا تقدر على اسقاط حقهم وهذا لا يمنع وجود أصل عقدها فى حق نفسها كأحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر أن يفسخ دفعاً للضرر عن نفسه وعلى رواية الحسن رحمه الله تعالى قال اذا زوجت نفسها من غير كفء لم يجز النكاح أصلا وهو أقرب الى الاحتياط فليس كل ولى يحتسب فى المرافعة الى القاضى ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفء عليها وبهذا الطريق قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الاحوط أن يجعل عقدها موقوفا على اجازة الولى ليندفع الضرر عن الولى الا أن الولى اذا قصد بالفسخ دفع الضرر عن نفسه بأن لم يكن كفؤاً لها صح فسخه وان قصد الاضرار بها بأن كان الزوج كفؤاً لها لم يصح فسخه ولكن القاضى يقوم مقامه في الاجازة كما يقوم مقامه فى العقد اذا عضلها ومحمد رحمه الله تعالى يقول لما توقف العقد على اجازة الولى لتمام الاحتياط فكما ينعقد باجازته ينفسخ بفسخه وبعد ما يفسخ فليس للقاضى أن يجيزه ولكن يستقبل العقد اذا تحقق العضل من الولى وعلى هذا الاصل يقول اذا زوجت نفسها من كفء ثم مات أحدهما قبل المرافعة الى القاضى توارثا اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلان تصرفها في حق نفسها صحيح ومعنى التوقف لدفع الضرر عن الولى ولهذا لا ينفسخ بفسخ الولى وانما انتهى النكاح الصحيح بالموت فيجرى التوارث بينهما وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يتوارثان لان أصل العقد كان موقوفا وفى العقد الموقوف لا يجرى التوارث وعلى هذا لو ظاهر منها أو آلى منها صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله تعالى وان كانت قصرت فى مهرها فزوجت نفسها بدون صداق مثلها كان للأولياء حق الاعتراض حتى

Maktaba Tul Ishaat.com

يبلغ بها مهر مثلها أو يفرق بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت للأولياء حق الاعتراض الا أن قول محمد رحمه الله تعالى لا يتحقق في تزويجها نفسها وانما يتحقق فيما قال في كتاب الاكراه واذا أكرهت المرأة الولي على أن يزوجها بأقل من مهر مثلها فزوجها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة وأبى الولي أن يرضى فليس له ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان المهر من خالص حقها فانه بدل ما هو مملوك لها ألا ترى أن الاستيفاء والابراء اليها والتصرف فيه كيف شاءت وتصرفها فيما هو خالص حقها صحيح فلا يكون للأولياء حق الاعتراض وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انها ألحقت الضرر بالاولياء فيكون لهم حق الاعتراض كما لو زوجت نفسها من غير كفء وبيان ذلك أن الاولياء يتفاخرون بكمال مهرها ويعيرون بنقصان مهرها فان ذلك مهر المومسات الزانيات عادة وفيه يقول القائل

وما عليّ أن تكون جاريه تمشط رأسي وتكون فاليه

حتى ما اذا بلغت ثمانيه زوجتها مروان أو معاويه

أختانُ صدق ومهور غاليه

ومع لحوق العار بالاولياء فيه الحاق الضرر بنساء العشيرة أيضاً فان من تزوج منهن بعد هذا بغير مهر فانما يقدر مهرها بمهر هذه فعرفنا أن في ذلك ضرراً عليهن وانما يذب عن نساء العشيرة رجالها فكان لهم حق الاعتراض فأما بعد تسمية الصداق كاملا صار حق العشيرة مستوفي وبقاء المهر يخلص لها فان شاءت استوفت وان شاءت أبرأت وهو نظير حق الشرع في تسمية أصل المهر في الابتداء وان كان البقاء يخلص لها وان طلقها قبل أن يدخل بها كان لها نصف ما سمي لها لان الطلاق قبل الدخول مسقط للصداق قياسا فان المعقود عليه يعود اليها كما خرج عن ملكها وذلك سبب لسقوط البدل الا انا أوجبنا لها نصف المسمى بالنص وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم فلا تجب الزيادة على ذلك وان فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شئ عليه لانه فسخ أصل النكاح بهذا التفريق فلا يجب لها شئ وان ولت المرأة أمرها رجلا فزوجها كفؤاً فهو بمنزلة تزويجها نفسها وفي قول محمد رحمه الله تعالى لا يجوز ذلك كما لا يجوز تزويجها نفسها زاد في نسخ أبي حفص رضي الله عنه فقال الا ان يكون لها ولي فحينئذ يجوز وهذا شئ رواه أبو رجاء بن أبي رجاء عن محمد

رحمهما الله تعالى أنه قال سألته عن النكاح بغير ولى فقال لايجوز قلت فان لم يكن لها ولى قال يرفع أمرها الى الحاكم ليزوجها قلت فان كانت فى موضع لاحاكم في ذلك الموضع قال يفعل ما قال سفيان رحمه الله تعالى قلت ومافعل سفيان قال تولى أمرها رجلا ليزوجها ثم قد صح رجوع محمد الى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى النكاح بغير ولى وعلى ذلك تنبني مسائل الجامع يقول في الكتاب فان طلقها ثلاثاً قبل ان يجيز الحاكم أو الولى عقدها يكون هذا رداً للنكاح وهو قول محمد رحمه الله تعالى فاما عند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى تصح التطليقات الثلاث ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعند محمد رحمه الله تعالى لايقع الطلاق ويكون هذا رد للنكاح الا انه يكره له ان يتزوجها ثانياً قبل ان تتزوج بزوج آخر لاختلاف العلماء واشتباه الاخبار فى جواز النكاح بغير ولى ولان ترك نكاح امرأة تحل له خير من ان يتزوج امرأة لاتحل له ولكنه لو تزوجها لم يفرق بينهما عنده لان الطلاق لم يكن واقعاً عليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الوكالة فى النكاح

﴿قال﴾ واذا خطب الرجل امرأة على رجل غائب لم يأمره فزوجت نفسها أو زوجها أبوها برضاها فقدم الغائب أو بلغه ذلك فأجاز النكاح فهو جائز عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى هو باطل بناء على أصله ان العقود لاتتوقف على الاجازة وهى مسئلة فى البيوع معروفة وعندنا تتوقف العقود على الاجازة وكل عقد لوسبق الاذن به ممن يقع له كان صحيحا فانه يتوقف على اجازته فاذا أجازه فى الانتهاء جعل ذلك كالاذن في الابتداء ولو عقد هذا العقد باذنه فى الابتداء كان صحيحا فكذلك باجازته في الانتهاء وهذا لان ركن العقد هو الايجاب والقبول وذلك من حق المتعاقدين وقد أضافه الى محل قابل للعقد فيتم به الانعقاد اذ لاضرر على الغائب فى انعقاد العقد وانما الضرر عليه فى التزام العقد وقد يتراخى الالتزام عن أصل العقد فتثبت صفة الانعقاد لانه حق المتعاقدين ويتوقف تمامه وثبوت حكمه على اجازة من وقع العقد له دفعا للضرر عنه ولو ان الغائب وكل هذا الحاضر بكتاب كتبه اليه حتى زوجها منه كان صحيحا وكذلك لو كتب اليها يخطبها فزوّجت نفسها منه كان صحيحا والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى النجاشي يخطب أم حبيبة رضى الله عنها فزوجها

Maktaba Tul Ishaat.com

النجاشي منه وكان هو وليها بالسلطنة وروى انه زوجها منه قبل ان يكتب به رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابه وكلاهما حجة لنا على أن النكاح تلحقه الاجازة وان الخطبة بالكتاب تصح وهذا لان الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنى فان الكتاب له حروف ومفهوم يؤدى عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر وكان الحسن بن حي رحمه الله تعالى يقول لا ينعقد النكاح بالكتاب لعظم خطر أمر النكاح وهذا فاسد فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة بقوله تعالى يا أيها الرسول بلغ وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان فانه كتب الى ملوك الآفاق يدعوهم الى الدين وكان ذلك تبليغا تاما فكذلك فى عقد النكاح الكتاب بمنزلة الخطاب الا انه اذا كتب اليها فبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسى منه بغير محضر من الشهود لا ينعقد النكاح كما فى حق الحاضر فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بشهود ولو قالت بين يدى الشهود زوجت نفسى منه لا ينعقد النكاح أيضا لان سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط لجواز النكاح وانما سمعوا كلامها هنا لا كلامه ولو كانت حين بلغها الكتاب قرأته على الشهود وقالت ان فلانا كتب الى يخطبني فاشهدوا انى قد زوجت نفسى منه فهذا صحيح لأنهم سمعوا كلام الخاطب باسماعها اياهم إما بقراءة الكتاب أو العبارة عنه وسمعوا كلامها حيث أوجبت العقد بين أيديهم فلهذا تم النكاح وهذا بخلاف البيع فان المكتوب اليه اذا قال هناك بعت هذه العين من فلان بكذا جاز وان لم يكن بحضرة الشهود أو كان بحضرتهم ولم يقرأ الكتاب عليهم لان البيع يصح بغير شهود كما فى الحاضر الا أنه ذكر في الكتاب فى البيع أنه اذا كتب اليه أن بعني كذا بكذا فقال بعت يتم البيع وقد طعنوا فى هذا فقالوا أن البيع لا ينعقد بهذا اللفظ من الحاضر فان من قال لغيره بع عبدك منى بكذا فقال بعت لا ينعقد ما لم يقل الثاني اشتريت لانه لابد فى البيع من لفظين هما عبارة عن الماضى بخلاف النكاح فان النكاح ينعقد بلفظين أحدهما عبارة عن الماضى والآخر عن المستقبل والشافعى ومحمد رحمهما الله تعالى سويا بينهما والفرق لعلمائنا رحمهم الله تعالى أن البيع يقع بغتة وفلتة فقوله بعنى يكون استياما عادة فلا بد من الايجاب والقبول بعده فأما النكاح يتقدمه خطبة ومراودة فقلما يقع بغتة فقوله زوجنى يكون أحد شطرى العقد توضيح الفرق أن قوله زوجنى نفسك تفويض للعقد اليها وكلام الواحد فى باب النكاح يصلح لاتمام العقد اذا كان الامر مفوضاً

اليه

Maktaba Tul Ishaat.com

اليه من الجانبين فيمكن أن يجعل قولها زوجت نفسي عقداً تاما وفي باب البيع كلام الواحد
لا يصلح لاتمام العقد من الجانبين وان كان مفوضاً اليه من الجانبين فكان قوله بعت منك
شطر العقد فلا بد من أن ينضم اليه الشطر الثاني ليصح اذا عرفنا هذا فنقول مراد محمد
رحمه الله تعالى هنا بيان الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود دون اللفظ الذي ينعقد
به البيع أو نقول يعني قوله من الحاضر يكون استياما عادة فأما من الغائب اذا كتب اليه
فقوله يعني يكون أحد شطري العقد فاذا انضم اليه الشطر الثاني تم البيع فان جاء الزوج
بالكتاب مختوما الى الشهود وقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز ذلك في قول
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يعلم الشهود ما في الكتاب وهو قول أبي يوسف الأول
ثم رجع فقال يجوز ولا يشترط اعلام الشهود بما في الكتاب وأصل الخلاف في كتاب
القاضي الى القاضي عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز الشهادة على الكتاب والختم وان
كان لا يعلم الشهود ما في الكتاب وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا تجوز لان
المشهود به ما في الكتاب لا نفس الكتاب ولكن استحسن أبو يوسف رحمه الله تعالى
فقال قد يشتمل الكتاب على شرط لا يعجبهم اعلام الشهود بذلك واذا كان مختوما يؤمن
من الزيادة والنقصان فيه فيكون صحيحاً ثم في هذا الكتاب قال يجوز عند أبي يوسف رحمه
الله تعالى مختوما كان أو غير مختوم وذكر في الأمالي أن الكتاب اذا كان غير مختوم
لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أصلا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا
يجوز الا أن يعلم الشهود ما فيه واذا كان مختوما فحينئذ هل يشترط اعلام الشهود ما فيه فمن
أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتان وكما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وسائر
التصرفات للمعنى الذي قلنا ﴿قال﴾ ويجوز للواحد أن ينفرد بالعقد عند الشهود على الاثنين
اذا كان وليا لهما أو وكيلا عنهما وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان كان وليهما جاز وان كان
وكيلا لا يجوز أما زفر رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد معاوضة فلا يباشره الواحد من
الجانبين كعقد البيع وهو قياس يوافقه الأثر وهو ما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل والشافعي رحمه الله تعالى
بنحوه يستدل في الوكيل من الجانبين أنه لا يتم العقد بعبارته لانه لا ضرورة في توكيل
الواحد من الجانبين بخلاف ما اذا كان ولياً من الجانبين لان في تنفيذ العقد بعبارته ضرورة

Maktaba Tul Ishaat.com

لان أكثر ما في الباب أن يأمر غيره من أحد الجانبين فيكون مأموره قائماً مقامه وهو الولى من الجانبين شرعا فيملك مباشرة العقد وهو نظير ما قلتم فى الاب اذا باع مال ولده من نفسه بمثل قيمته يجوز ولا يجوز بيعه من غيره ووجه قول علمائنا قوله تعالى وان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامي أى فى نكاح اليتامى فهو دليل على أن للولى أن يزوج وليته من نفسه وكذا قوله تعالى وترغبون أن تنكحوهن دليل على أن للولى أن يزوج وليته من نفسه وفى الحديث أن شُرط على رضى الله تعالى عنه أتوه بشيخ مع جارية فسأله عن قصتها فقال انها ابنة عمى وإنى خشيت أنها اذا بلغت ترغب عنى فتزوجتها فقال خذ بيد امرأتك والمعنى فيه أن العاقد فى باب النكاح سفير ومعبر والواحد كما يصلح أن يكون معبراً عن الواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين ودليل الوصف أنه لا يستغني عن اضافة العقد الى الزوجين وبه يظهر الفرق بينه وبين البيع فانه يستغنى عن اضافة العقد الى غيره فكان مباشراً للعقد لا معبراً توضيحه ان حقوق العقد فى باب البيع تتعلق بالعاقد فاذا باشر العقد من الجانبين يؤدى الى تضاد الاحكام لأنه يكون مطالباً مطالباً مسلما مستلما مخاصما مخاصما وفي باب النكاح لا تتعلق الحقوق بالعاقد فلا يؤدى الى تضاد الاحكام ولهذا قلنا ببيع الاب مال ولده من نصيبه لأنه فى جانب الصغير يكون ملزما اياه حقوق العقد بولايته عليه حتى اذا بلغ كانت الخصومة في ذلك اليه دون الاب بخلاف بيعه من غيره فلا يؤدى الى تضاد الاحكام توضيحه ان البيع لا يصح الا بتسمية الثمن فاذا تولاه من الجانبين كان مستزيداً مستنقصاً وذلك لا يجوز والنكاح يصح من غير تسمية المهر فلا يؤدى الى هذا المعني اذا باشره الواحد من الجانبين وعلى هذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى فى الكتابة أن الواحد لا يباشره من الجانبين لانه لا يصح الا بتسمية البدل فأما على ظاهر الرواية يجوز لان حقوق العقد فى الكتابة لا تتعلق بالعاقد بل هو معتبر كما فى النكاح ولا حجة لهم فى هذا الحديث لأن هذا النكاح قد حضره أربعة معنى فانه اذا اجتمع وصفان في واحد كان بمنزلة المثنى من حيث المعني لاعتبار كل صفة على حدة فان هذا الواحد اذا كان ولياً أو وكيلا من أحد الجانبين دون الآخر وفضولياً من الجانب الآخر أولم يكن ولياً ولا وكيلا من الجانبين ولكنه فضولى باشر النكاح بمحضر من الشهود فبلغ الزوجين فاجازاه لم يجز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الأول وجاز فى قوله الآخر وكذلك لوقال الزوج بين يدى الشهود

أشهدوا أني تزوجت فلانة ولم يخاطب عنها أحدا فبلغها فاجازت أو قالت المرأة اشهدوا انى قد زوجت نفسي من فلان ولم تخاطب عنه أحدا فبلغه فاجاز فهو على هذا الخلاف ولو قبل فضولى من جهة الغائب ينعقد موقوفا بالاتفاق حتى لو أجاز يجوز. أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء واذا كان كلام الواحد فى باب النكاح عقداً تاماً باعتبار الاذن في الابتداء فكذلك باعتبار الاجازة فى الانتهاء وجعل هذا قياس الطلاق والعتاق بمال فان كلام الواحد فيه لما كان عقداً تاما عند الاذن كان عقداً موقوفا على اجازة الغائب عند عدم الاذن وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا النكاح عقد معاوضة محتمل للفسخ فكلام الواحد فيه يكون شطر العقد وشطر العقد لايتوقف على ماوراء المجلس كما فى البيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لايحتمل الفسخ بعد وقوعه أصلا وتحقيقه ان قول الرجل طلقت فلانة بكذا أو أعتقت عبدى فلانا بكذا يكون تعليقاً للطلاق والعتاق بالقبول لان تعليقهما بالشرط صحيح فاذا بلغهما فقبلا وقع لوجود الشرط وفى النكاح قوله زوجت فلانة لايمكن ان يجعل تعليقا لان النكاح لايحتمل التعليق بالشرط فكان هذا شطر العقد ولا يدخل على هذا مالو قال الزوج بحضر منها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل ذلك ولو كان تعليقاً بالشرط لما بطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات مايقتصر على وجود الشرط فى المجلس كقوله لها أنت طالق ان شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس فهذا مثله وهذا بخلاف مااذا كان مأموراً من الجانبين لان هناك عبارته تنتقل اليهما فيصير قائما مقام عبارتهما فانما يكون تمام العقد بالمثنى من حيث المعني وهنا لاتنتقل عبارته الى الغير لانه غير مأمور به فاذا بقى مقصوراً عليه كان شطر العقد والدليل عليه انه لو قال لها تزوّجتك وهي حاضرة كان هذا شطر العقد حتى لايتوقف على اجازتها بعد قيامها من ذلك المجلس فكذا اذا قال ذلك وهى غائبة يكون هذا شطر العقد ولو كان عقد النكاح بين فضوليين خاطب أحدهما عن الرجل والآخر عن المرأة فبلغهما فاجازا جاز ذلك العقد لانه جرى بين اثنين ولو كانا وكيلين كان كلامهما عقداً تاما فكذلك اذا كانا فضوليين يكون كلامهما عقداً موقوفا ﴿قال﴾ وليس على العاقد فى باب النكاح وليا كان أو وكيلا حق قبض مهرها بدون أمرها لما بينا انه معبر لايتعلق به شيء من حقوق العقد وكما لايتوجه عليه المطالبة بتسليم المعقود عليه لايكون اليه قبض البدل وكذلك الوكيل من جانب الزوج لايكون عليه

Maktaba Tul Ishaat.com

من المهر شيء كما لا يكون اليه قبض المعقود عليه واليه أشار علي رضي الله عنه في قوله الصداق على من أخذ الساق الا الأب في حق ابنته البالغة فانه يقبض مهرها فيجوز ذلك استحسانا وقد بيناه ﴿ قال ﴾ واذا أرسل الى المرأة رسولا حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً فهو سواء لان الرسالة تبليغ عبارة المرسل الى المرسل اليه ولكل واحد من هؤلاء عبارة مفهومة فيصلح ان يكون رسولا الا ترى ان سليمان عليه السلام جعل الهدهد رسولا في تبليغ كتابه الى بلقيس فالآدمي المميز أولى ان يصلح لذلك فاذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا سألك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها قد تزوجته كان ذلك جائزاً اذا أقر الزوج بالرسالة أو أقامت عليه البينة لان الرسول بلغها رسالة المرسل فكأنه حضر بنفسه وعبر عن نفسه بين يدى الشهود وقد سمع الشهود كلامها أيضاً فكان نكاحا باسماعهما كلام المتعاقدين واذا أنكر الرسالة ولم تقم عليه البينة لها فالقول قوله ولا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان المخاطب فضولياً ولم يرض الزوج بما صنع فلا نكاح بينهما فان كان الرسول قد خطبها وضمن لها المهر وزوجها إياه وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان أقر أو قامت عليه البينة بالامر والضمان لازم للرسول ان كان من أهل الضمان لانه جعل نفسه زعيما بالمهر والزعيم غارم وان جحد الزوج ولم يكن عليه بينة بالامر فلا نكاح بينهما لما قلنا وللمرأة على الرسول نصف الصداق من قبل أنه مقر بانه قد أمره وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح وذكر في كتاب الوكالة ان على الرسول جميع المهر بحكم الضمان فقيل ماذكر هنا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقول أبي يوسف الاول وما ذكر هناك قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهراً وباطنا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول فنفذ قضاؤه بالفرقة هنا قبل الدخول وسقط نصف الصداق عن الزوج فيسقط عن الكفيل أيضاً وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى لا ينفذ قضاؤه باطنا فيبقى جميع المهر واجباً على الزوج ويكون الكفيل مطالبا به لاقراره وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره أصل النكاح لا يكون طلاقاً فلا يسقط به شيء من الصداق بزعم الكفيل ووجه هذه الرواية أنه أنكر وجوب الصداق عليه وهو مالك لاسقاط نصف الصداق عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطاً فيما يمكنه اسقاطه ومن ضرورة سقوط نصف

Maktaba Tul Ishaat.com

الصداق عن الاصيل سقوطه عن الكفيل فلهذا كان الكفيل ضامناً لنصف الصداق ﴿قال﴾ فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكن أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج جاز عليه ولزم الزوج الضمان لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء وان أبى الزوج أن يجيز النكاح لم يكن على الرسول شيء من الضمان لان أصل السبب انتفى برد الزوج النكاح فينتفي حكمه وهو وجوب الصداق وبراءة الاصيل حقيقة توجب براءة الكفيل ﴿قال﴾ وان أمره أن يزوجه امرأة بعينها على مهر قد سماه فزوجها اياه وزاد عليه في المهر فان شاء الزوج أجازه وان شاء رده لانه أتى بخلاف ما أمر به فكان مبتدئاً فيتوقف عقده على اجازته وان لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فهو بالخيار أيضاً لان دخوله بها كان باعتبار أنه امتثل الوكيل أمره فلا يصير به راضياً بما خالف فيه الوكيل فان الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به فكان على خياره ان شاء أقام معها بالمهر المسمى وان شاء فارقها وكان لها الاقل من المسمى ومن مهر مثلها لان الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد فيسقط به الحد للشبهة ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة ﴿قال﴾ فان كان الرسول ضمن لها المهر ولم يدخل بها الزوج وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر فعلى الرسول نصف المسمى لاقراره على نفسه انه أمره به وهذا لان انكار الزوج الأمر بالزيادة بمنزلة انكاره الامر بالعقد أصلا كما بيناه في الفصل الاول ﴿قال﴾ فان قال الرسول أنا أغرم المهر وألزمك النكاح لم يكن له ذلك الا أن يشاء الزوج لانه فيما باشر من العقد غير ممتثل أمره فكان بمنزلة الفضولي والفضولي ولا يملك أن يلزم عليه حكم العقد الا برضاه وهذا لانه وان تبرع باداء الزيادة فلا بد من أن يجب على الزوج أولا لأن المسمى في العقد صداق والصداق مطلقاً يجب على الزوج وقد تعذر الزام الزوج بذلك وانعدم منها الرضا بدونه ﴿قال﴾ واذا وكل الرجل الرجل أن يزوجه امرأة فزوجها اياه وضمن لها عنه المهر جاز ذلك ولم يرجع به الوكيل على الزوج لانه ضمن عنه بغير أمره فان أمره اياه بالنكاح لا يكون أمراً بالتزام الصداق لان الوكيل بالنكاح سفير ومعبر لا ملتزم ومن ضمن عن غيره دينه بغير أمره لم يرجع به عليه لأن تبرعه بالضمان كتبرعه بالاداء فان كان أمره بذلك رجع عليه كما لو أمره بالاداء ﴿قال﴾ واذا كان العقد من الوكيل بشهود جاز وان لم يكن على التوكيل شهود لان التوكيل بالنكاح ليس بنكاح والشهود من خصائص شرائط

Maktaba Tul Ishaat.com

النكاح وانما شرط الشهود فى النكاح لانه يتملك به البضع فلاظهار خطره اختص بشهود وذلك لايوجد فى التوكيل فان البضع لا يتملك بالتوكيل فهو بمنزلة التوكيل بسائر العقود ﴿قال﴾ واذا أدخل على الرجل غير امرأته فدخل بها فعلى الزوج مهر التي دخل بها لانه دخل بها بشبهة النكاح بخبر المخبر انها امرأته وخبر الواحد فى المعاملات حجة فيصير شبهة فى اسقاط الحد فاذا سقط الحد وجب المهر وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ولا تتقى فى عدتها ماتتقى المعتدة ونحوه قضى على رضي الله عنه فى الوطء بالشبهة والحداد اظهار التحزن على فوات نعمة النكاح وذلك لايوجد في الوطء بالشبهة وليس لها عليه نفقة العدة لان وجوب النفقة باعتبار ملك اليد الثابت بالنكاح وذلك غير موجود فى الوطء بالشبهة ولانه يبقى بالعدة ما كان ثابتاً من النفقة باصل النكاح ولم يكن لها نفقة مستحقة هنا ليبقى ذلك ببقاء العدة ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لانه وجب عليه عوضا عما استوفى وهو الذى نال اللذة بالاستيفاء فلا يرجع بالعوض على غيره ولان المخبر أخبر بكذب من غير ان ضمن له شيئاً وهذا العقد من الغرور لايثبت له الرجوع عليه كمن أخبره بأمن الطريق فسلك فيه حتى أخذ اللصوص متاعه ﴿قال﴾ فان كانت هذه أم امرأته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة ولها عليه نصف الصداق لوقوع الفرقة قبل الدخول بسبب من جهة الزوج ولا يرجع به علي أحد أيضاً لما قلنا وان كانت بنت امرأته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة وله أن يتزوج التى دخل بها لان مجرد العقد على الام لايوجب حرمة الربيبة وليس له أن يتزوج أم التي دخل بها لان بالدخول بالبنت تحرم الام على التأبيد بخلاف الفصل الاول فان هناك لا يتزوج واحدة منهما لوجود العقد الصحيح على البنت والدخول بالام ولوكانت هذه أخت امرأته أوذات رحم محرم منها لم يقرب امرأته حتى تنقضي عدتها لان أختها معتدة منه فلو قربها كان جامعاً ماءه في رحم أختين وذلك لايجوز والله أعلم بالصواب

باب الاكفاء

﴿قال﴾ إعلم ان الكفاءة فى النكاح معتبرة من حيث النسب الاعلى قول سفيان الثورى رحمه الله تعالى فانه كان يقول لامعتبر في الكفاءة من حيث النسب وقيل إنه كان من العرب فتواضع ورأى الموالى اكفاء له وأبو حنيفة رحمه الله تعالى كان من الموالى فتواضع

ولم ير نفسه كفؤاً للعرب وحجته في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كاسنان المشط لافضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقال صلى الله عليه وسلم كلكم بنو آدم طف للصاع لم يملأ وقال الناس كابل مائة لاتكاد تجد فيها راحلة واحدة فهذه الآثار تدل على المساواة وان التفاضل بالعمل ومن أبطأ به عمله لم يسرع به نسبه وخطب أبو طيبة امرأة من بني بياضة فابوا ان يزوجوه فقال صلى الله عليه وسلم زوجوا اباطيبة الاتفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير فقالوا نعم وكرامة وخطب بلال رضي الله عنه الى قوم من العرب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم ان تزوجوني وان سلمان خطب بنت عمر رضي الله عنه فهم ان يزوجها منه ثم لم يتفق ذلك وحجتنا في ذلك قوله صلي الله عليه وسلم قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل وفي حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ومازالت الكفاءة مطلوبة فيما بين العرب حتى في القتال بيانه في قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر للبراز عتبة وشيبة والوليد فخرج اليهم ثلاثة من فتيان الانصار فقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا أبناء قوم كرام ولكنا نريد أكفاءنا من قريش فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه بذلك فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا وأمر حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث رضوان الله عليهم أجمعين بأن يخرجوا اليهم فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال ففي النكاح أولى وهذا لان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على اغراض ومقاصد من الصحبة والالفة والعشرة وتأسيس القرابات وذلك لايتم الا بين الاكفاء وفي أصل الملك على المرأة نوع ذلة واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته واذلال النفس حرام قال صلى الله عليه وسلم ليس للمؤمن ان يذل نفسه وانما جوز ماجوز منه لاجل الضرورة وفي استفراش من لايكافئها زيادة الذل ولاضرورة في هذه الزيادة فلهذا اعتبرت الكفاءة والمراد من الآثار التى رواها في أحكام الآخرة وبه نقول ان التفاضل في الآخرة بالتقوي وتأويل الحديث الآخر الندب الى التواضع وترك طلب الكفاءة لاالالزام وبه نقول ان عند الرضا يجوز العقد ويحكي عن

Maktaba Tul Ishaat.com

الكرخي رحمه الله تعالى انه كان يقول الاصح عندي ان لا تعتبر الكفاءة في النكاح أصلا لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدماء فلأن لا تعتبر في النكاح أولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة غير معتبرة في الدين في باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر ولا يدل ذلك على أنه غير معتبر في النكاح اذا عرفنا هذا فنقول الكفاءة في خمسة أشياء (أحدها) النسب وهو علي ما قال قريش أكفاء بعضها لبعض فانهم فيما بينهم يتفاضلون وأفضلهم بنو هاشم ومع التفاضل هم أكفاء. ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله تعالى عنها وكانت تيمية وتزوج حفصة رضى الله تعالى عنها وكانت عدوية وزوج ابنته من عثمان رضى الله تعالى عنه وكان عبشميا فعرفنا أن بعضهم أكفاء لبعض . وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال الا أن يكون نسبا مشهوراً نحو أهل بيت الخلافة فان غيرهم لا يكافئهم وكانه قال ذلك لتسكين الفتنة وتعظيم الخلافة لا لانعدام أصل الكفاءة والعرب بعضهم أكفاء لبعض فان فضيلة العرب بكون رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ونزول القرآن بلغتهم وقال صلى الله عليه وسلم حب العرب من الايمان وقال صلى الله عليه وسلم لسلمان رضي الله تعالى عنه لا تبغضني قال وكيف أبغضك وقد هداني الله بك قال تبغض العرب فتبغضني ولا تكون العرب كفؤاً لقريش والموالي لا يكونون كفؤاً للعرب كما قال صلى الله عليه وسلم والموالي بعضهم أكفاء لبعض وهذا لأن الموالي ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالدين كما أشار اليه سلمان رضى الله تعالى عنه حين تفاخر جماعة من الصحابة بذكر الانساب فلما انتهى الى سلمان رضى الله تعالى عنه قالوا سلمان ابن من فقال سلمان ابن الاسلام فبلغ ذلك عمر رضى الله تعالى عنه فبكى وقال وعمر ابن الاسلام فمن كان من الموالي له أبوان في الاسلام فهو كفؤ لمن له عشرة آباء لان النسبة تتم بالانتساب إلى الاب والجد فمن كان له أبوان مسلمان فله في الاسلام نسب صحيح ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له أب في الاسلام ومن أسلم أبوه لا يكون كفؤا لمن له أبوان في الاسلام لان هذا يحتاج في النسبة الى الاب الكافر وذلك منهى عنه لما روى أن رجلا انتسب الى تسعة آباء في الجاهلية فقال صلى الله عليه وسلم هو عاشرهم في النار ولكن هذا اذا كان على سبيل التفاخر دون التعريف (والثاني) الكفاءة في الحرية فان العبد لا يكون كفؤا لامرأة حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفؤاً لحرة الاصل. والمعتق أبوه لا يكون كفؤاً لامرأة

Maktaba Tul Ishaat.com

لها أبوان فى الحرية وهذا لان الرق أثر من آثار الكفر وفيه معنى الذل فكان هو بمنزلة أصل الدين من الوجه الذي قلنا وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الذى أسلم بنفسه أو أعتق لو أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤاً له (والثالث) الكفاءة من حيث المال فان من لا يقدر على مهر امرأة ونفقتها لا يكون كفؤاً لها لان المهر عوض بضعها والنفقة تندفع بها حاجتها وهى الى ذلك أحوج منها الى نسب الزوج فاذا كانت تنعدم الكفاءة بضعة نسب الزوج فبعجزه عن المهر والنفقة أولى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال اذا كان يقدر على ما يعجله ويكتسب فينفق عليها يوما بيوم كان كفؤاً لها وأما اذا كان قادراً على المهر والنفقة كان كفؤاً لها وان كانت المرأة صاحبة مال عظيم وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة فى كثرة المال لحديث عائشة رضى الله عنها رأيت ذا المال مهيبا ورأيت ذا الفقر مهيناً وقالت ان احساب ذوى الدنيا المال والاصح أن ذلك لا يعتبر لان كثرة المال فى الاصل مذموم قال صلى الله عليه وسلم هلك المكثرون الا من قال بماله هكذا وهكذا يعنى تصدق به (والرابع) الكفاءة فى الحرف والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن ذلك غير معتبر أصلا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه معتبر حتى أن الدباغ والحجام والحائك والكناس لا يكون كفؤاً لبنت البزاز والعطار وكأنه اعتبر العادة فى ذلك وورد حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الناس أكفاء الا الحائك والحجام ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قال الحديث شاذ لا يؤخذ به فيما تعم به البلوى والحرفة ليست بشئ لازم فالمرء تارة يحترف بحرفة نفيسة وتارة بحرفة خسيسة بخلاف صفة النسب لانه لازم له وذل الفقر كذلك فانه لا يفارقه (والخامس) الكفاءة فى الحسب وهو مروى عن محمد رحمه الله تعالى قال هو معتبر حتى أن الذى يسكر فيخرج فيستهزئ به الصبيان لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات وكذلك أعوان الظلمة من يستخف به منهم لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات الا أن يكون مهيباً يعظم في الناس وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال الذى يشرب المسكر فان كان يسر ذلك فلا يخرج سكران كان كفؤاً وان كان يعلن ذلك لم يكن كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات ولم ينقل عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى شئ من ذلك والصحيح عنده انه غير معتبر لان هذا ليس بلازم حتى لا يمكن تركه ﴿ قال ﴾ واذا واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما لانها

Maktaba Tul Ishaat.com

ألحقت العار بالاولياء فانهم يتعيرون بأن ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم فكان لهم أن يخاصموا لدفع ذلك عن أنفسهم ولا يكون التفريق بذلك الا عند القاضي لانه فسخ للعقد بسبب نقص فكان قياس الرد بالعيب بعد القبض وذلك لا يثبت الا بقضاء القاضي ولانه مختلف فيه بين العلماء فكان لكل واحد من الخصمين نوع حجة فيما يقول فلا يكون التفريق الا بالقضاء ومالم يفرق القاضي بينهما فحكم الطلاق والظهار والايلاء والتوارث قائم بينهما لان أصل النكاح انعقد صحيحاً في ظاهر الرواية فانه لا ضرر على الأولياء في صحة العقد وانما الضرر عليهم في اللزوم فتتوفر عليه أحكام العقد الصحيح فاذا فرق القاضي بينهما كانت فرقة بغير طلاق لان هذا التفريق كان على سبيل الفسخ لأصل النكاح والطلاق تصرف في النكاح فما يكون فسخاً لاصل النكاح عندنا لايكون تصرفا فيه ولان الطلاق الى الزوج فتفريق القاضي متى كان على وجه النيابة عن الزوج كان طلاقا وهذا التفريق ليس على وجه النيابة عنه فاذا لم يكن طلاقا قلنا لامهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها أو خلا بها فلها ماسمى من المهر وعليها العدة لان أصل النكاح كان صحيحاً فيتقرر المسمى بالتسليم اما بالدخول أو بالخلوة والمكاتب والمدبر نظير العبد في انه لايكون كفوًا للحرة لان الرق فيهما قائم قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابقي عليه درهم ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء فرضي به أحد الاولياء جاز ذلك ولا يكون لمن هو مثله في الولاية أو أبعد منه ان ينقضه الا ان يكون أقرب منه فحينئذ له المطالبة بالتفريق وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في نوادر هشام اذا رضي أحد الوليين بغير كفء فللولي الذي هو مثله ان لا يرضى به وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى وكذلك ان كان هذا الولي الراضي هو الذي زوجها والخلاف مع الشافعي انما يتحقق هنا وجه قولهم ان طلب الكفاءة حق جميع الاولياء فاذا رضي منهم واحد فقد أسقط حق نفسه وحق غيره فيصح اسقاطه في حق نفسه دون غيره كالدين المشترك اذا أبرأ أحدهم أو ارتهن رجلان عيناً ثم رده أحدهما أو سلم أحد الشفيعين الشفعة أو عفى أحد الوليين عن القصاص يصح في حقه دون غيره وكذلك لو قذف أم جماعة وصدقه أحدهم كان للباقين المطالبة بالحد والدليل عليه انها لو زوجت نفسها من غير كفء كان للاولياء أن يفرقوا ولم يكن رضاها بعدم الكفاءة مبطلا حق الاولياء فكذلك هنا وحجتنا ان الحق واحد وهو غير محتمل للتجزي لانه ثبت بسبب

Maktaba Tul Ishaat.com

لا يحتمل التجزى فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به كما في الأمان فان فيه ابطال حق الاستغنام والاسترقاق ثم صح من واحد من المسلمين فى حق جماعتهم للمعنى الذى قلنا وهذا لان الاسقاط صحيح فى حق المسقط بالاتفاق فاذا كان الحق واحدا وقد سقط فى حق المسقط فمن ضرورته سقوطه فى حق غيره لانه لو لم يسقط فى حق غيره لكان اذا استوفاه يصير حق الغير مستوفي أيضا وذلك لايجوز ولانه لما لم يبق بعد السقوط لايتمكن الآخر من المطالبة به بخلاف الدين فانه متجزئ فى نفسه وبخلاف الرهن فانا لو نفينا حق الآخر لا يصير حق المسقط مستوفى وبه تبين ان الحق يتعدد هناك وكذلك فى الشفعة وفي القصاص مالا يحتمل التجزي لايبقى بعد عفو أحدهم وانما يبقى ما يحتمل التجزى وهو الدية وبخلاف حد القذف فان ذلك لايحتمل السقوط ولكن المصدق ينكر سبب الوجوب وهو احصان المقذوف وانكار سبب وجوب الشئ لا يكون اسقاطا له فوزانه مما نحن فيه ان لوادعى أحد الأولياء ان الزوج كفؤ وأثبت الآخر انه ليس بكفء فيكون له ان يطلب التفريق واما اذا رضيت هي فلان الحق الثابت لها غير الحق الثابت للاولياء لان الثابت لها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش وللاولياء صيانة نسبهم عن ان ينسب اليهم بالمصاهرة من لايكافئهم وأحدهما غير الآخر فلم يكن اسقاط أحدهما موجبا سقوط الآخر الا ترى انه قد يثبت الخيار لها في موضع لايثبت للاولياء على مانبينه فى آخر الباب ان شاء الله تعالى ومتى فرق القاضى بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة حتى وجبت عليها العدة فلها نفقة العدة على الزوج لانها كانت تستحق النفقة فى أصل النكاح فيبقى ذلك ببقاء العدة وسكوت الولى عن المطالبة بالتفريق ليس برضى منه بالنكاح وان طال ذلك حتى تلد وله الخصومة ان شاء لان هذا حق ثابت له والسكوت ليس بمبطل للحق الثابت بصفة التأكد ولانه يحتاج الى الخصومة فى المطالبة وقد لا يرغب الانسان بالخصومة في كل وقت فتأخيره الى أن يتمكن منه لايكون مبطلا حقه ﴿ قال ﴾ واذا زوجها الولى غير كفء ثم فارقها ثم تزوجت به بغير ولى كان للولى ان يفرق بينهما لان العقد الثانى غير الأول ورضاه بالعقد الأول بينهما لايكون رضا بالعقد الآخر كما ان رضاه برجل لايكافئها لايكون رضا برجل آخر اذا زوجت نفسها منه بعد ذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء ثم جاء الولى فقبض مهرها وجهزها فهذا منه رضا بالنكاح لان قبض المهر تقرير لحكم العقد فيتضمن ذلك الرضا بالعقد ضرورة

Maktaba Tul Ishaat.com

ومباشرة الفعل الذى هودليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا ألا ترى ان مثل هذا الفعل يكون اجازة للعقد فلأن يكون رضابالعقد النافذ كان أولى وان لم يفعل هذا ولكن خاصم زوجها فى نفقتها أو في بقية مهرها عليه بوكالة منها فى القياس هذا لايكون رضا لانه انما خاصم في ذلك ليظهر عجز الزوج عنه وهو احد أسباب عدم الكفاءة واشتغاله باظهار سبب عدم الكفاءة يكون تقريرا لحقه لا اسقاطا وفي الاستحسان يكون هذا رضابالنكاح لانه انما يخاصم في المهر والنفقة ليستوفي والاستيفاء ينبنى على تمام العقد فتكون خصومته فى ذلك رضا منه بتمام النكاح بينهما ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصومة الولى وألزمه المهر وألزمها العدة ثم تزوجها في عدتها بغير ولى وفرق القاضى بينهما قبل الدخول بها كان لها عليه المهر الثانى كاملا وعليها عدة مستقبلة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله تعالى لامهر لها عليه وعليها بقية العدة الاولى وعند زفر رحمه الله تعالى لاعدة عليها وعلى هذا الخلاف لو طلقها تطليقة ثانية فى النكاح الاول ثم تزوجها فى العدة فطلقها قبل الدخول عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يجب المهر الثانى كاملا وعليها العدة وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يجب نصف المهر الثانى ولاعدة عليها الا أن عند محمد يلزمها بقية العدة الاولى لظاهر قوله تعالى فان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية وقال ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها وفى النكاح الثانى الطلاق حصل قبل المسيس لان العقد الثانى غير مبنى على الأول والدخول فى النكاح الاول لم يجعل دخولا في النكاح الثانى . ألا ترى أن صريح الطلاق يبينها فصار في حق العقد الثانى كأن الاول لم يوجد أصلا الا أن محمدا رحمه الله تعالى يوجب بقية العدة الأولى احتياطا لأن تلك العدة كانت واجبة وبالطلاق قبل الدخول صار النكاح الثانى كالمعدوم وزفر رحمه الله تعالى يقول العدة الاولى سقطت بالنكاح الثانى والساقط من العدة لايعود وتجدد وجوب العدة يستدعى تجدد السبب وهما قالا العقد الثاني يتأكد بنفسه والفرقة متى حصلت بعد تأكد العقد يجب كمال العدة والمهر وبيان التأكد ان اليد والفراش يبقى ببقاء العدة فانما تزوجها والمعقود عليه فى يده حكما فيصير قابضاً بنفس العقد كالغاصب اذا اشترى من المغصوب منه المغصوب وبه يتأكد حكم النكاح سواء وجد الدخول أولم يوجد كما يتأكد بالخلوة وبه يبطل اعتمادهم على حصول البينونة بصريح الطلاق فان بعد الخلوة صريح الطلاق يبينها

Maktaba Tul Ishaat.com

ويكون النكاح متأكداً في حكم المهر والعدة ولان وجوب العدة لتوهم اشتغال الرحم بالماء عند الفرقة وهذا قائم في العقد الثاني لانه لا تأثير في تجديد العقد في براءة الرحم وقد كان توهم الشغل ثابتا حتى أوجبنا العدة عند الفرقة لاولى وهذا على قول محمد رحمه الله تعالى الزم لانه يلزمها بقية العدة الاولى باعتبار توهم الشغل والعدة لا تتجزى فى الوجوب وعلى هذا الاصل لو كانت الفرقة بسبب اللعان أو بخيار البلوغ أو بخيار العتق كله على الاصل الذي بيناه وكذلك ان كان النكاح الاول فاسداً أو كان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحاً صحيحاً في العدة وان كان النكاح الاول صحيحاً والثانى فاسداً ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب المهر بالاتفاق لان صير ورته قابضاً باعتبار تمكنه من القبض شرعا وذلك بالعقد الفاسد لا يكون ألا ترى أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب المهر والعدة فهنا كذلك العدة الاولى لم تسقط بمجرد العقد الفاسد فبقيت معتدة كما كانت ولا مهر لها عليه اذا فرق بينهما قبل الدخول ولو كان العقد الثاني صحيحا فارتدت ووقعت الفرقة بينهما فهو على هذا الخلاف الذى قلنا لها كمال المهر فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فلو كان تزوجها في جميع هذه الوجوه بعد انقضاء العدة كان الجواب عندهم كما هو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى في الفصول المتقدمة لانه لم يبق له عليها تلك اليد بعد انقضاء العدة فالتزوج بها وباجنبية أخرى سواء

﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة رجلا خيراً منها فليس للولى أن يفرق بينهما لان الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء فان الولى لا يتعير بان يكون تحت الرجل من لا تكافئه ولان نسب الولد يكون الى أبيه لا الى أمه ألا ترى ان اسمعيل عليه السلام كان من قوم ابراهيم صلوات الله عليه لا من قوم هاجر وكذلك ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من قريش وما كان قبطياً وأولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة ﴿قال﴾ واذا تسمى الرجل لامرأة بغير اسمه وانتسب لها الى غير نسبه فتزوجته فالمسئلة على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون النسب المكتوم أفضل مما أظهره بأن أخبرها أنه من العرب ثم تبين أنه من قريش وفى هذا لا خيار لها ولا للأولياء لانها وجدته خيراً مما شرط لها فهو كمن اشترى شيئاً على أنه معيب فاذا هو سليم (والثاني) اذا كان نسبه المكتوم دون ما أظهره ولكنه فى النسب المكتوم غير كفء لها بأن تزوج قرشية على أنه من قريش ثم تبين أنه من

العرب أو من الموالي وفي هذا لها الخيار وان رضيت هي فللاولياء أن يفرقوا بينهما لعدم الكفاءة (والثالث) ان كان النسب المكتوم دون ما أظهر ولكنه في النسب المكتوم كفؤلها بأن تزوج عربية على أنه من قريش ثم تبين أنه من العرب وفي هذا ليس للاولياء حق المطالبة بالفرقة بالاتفاق لان حق الخصومة للاولياء لدفع العار عن أنفسهم حتى لا ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم وهذا غير موجود هنا ولكن لها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا خيار لها كما لا يثبت للاولياء لان الحق في المطالبة بالكفاءة وهي موجودة ولكنا نقول شرط لها زيادة منفعة وهو أن يكون ولدها منه صالحا للخلافة فاذا لم تنل هذا الشرط كان لها الخيار كمن اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسنه وهذا لان في الاستفراش ذلا في جانبها والمرأة قد ترضى استفراش من هو أفضل منها ولا ترضى استفراش من هو مثلها فاذا ظهر أنه غرها فقد تبين انعدام تمام الرضا منها فلهذا كان لها الخيار بخلاف الاولياء فان ثبوت الخيار لهم لعدم الكفاءة فقط وللشافعي رحمه الله تعالى في هذه المسئلة ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول مثل قول زفر رحمه الله تعالى وقول آخر أن النكاح باطل لانها زوجت نفسها من رجل هو قرشي ولم يوجد ذلك الرجل ولكنا نقول الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا فالعبرة للاشارة لان التعريف بالاشارة أبلغ وبهذا ونحوه نستدل على قلة فقهه فان مثل هذا الجواب لا يعجز عنه غير الفقيه ومن سئل عن طريق فقال اما من هذا الجانب واما من هذا الجانب فيشير الى الجوانب الاربعة علم أنه لا علم له بالطريق أصلا ﴿قال﴾ وان كانت المرأة هي التي غرت الزوج وانتسبت الى غير نسبها فلا خيار له فيه اذا علم وهي امرأته ان شاء طلقها وان شاء أمسكها لما بينا أنه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها لا في حق نفسه ولا في ولده ولانه يتمكن من التخلص منها بالطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النكاح بغير شهود

﴿قال﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وكان مالك وابن أبي ليلى وعثمان البتي رحمهم الله تعالى يقولون

Maktaba Tul Ishaat.com

الشهود ليس بشرط فى النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو أعلنوا بحضرة الصبيان والمجانين صح النكاح ولو أمر الشاهدين بان لايظهرا العقد لايصح وحجتهم فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اعلنوا النكاح ولو بالدف وحضر رسول الله صلى الله عليه وسلم املاك رجل من الأنصار فقال أين شاهدكم فأتي بالدف فأمر بان يضرب على رأس الرجل وكان لعائشة رضى الله عنها دف تعيره للانكحة وهذا لان حرام هذا الفعل لايكون الا سراً فالحلال لايكون الا ضده وذلك بالاعلان لتنتفي التهم وحجتنا في ذلك الحديث الذى رويناه والحديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدان وقال عمر رضي الله عنه لاأوتى برجل تزوج امرأة بشهادة رجل واحد الا رجمته ولان الشرط لما كان هو الاظهار يعتبر فيه ماهو طريق الظهور شرعا وذلك شهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لايبقى سراً قال القائل

وسرك ما كان عند امرئ   وسر الثلاثة غير الخفي

ولان اشتراط زيادة شيء فى هذا العقد لاظهار خطر البضع فهو نظير اشتراط زيادة شئ فى اثبات إتلاف مايملك بالنكاح وانما اختص ذلك من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين فكذلك هذا التمليك مختص من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين ثم الأصل عندنا ان كل من يصلح ان يكون قابلا للعقد بنفسه ينعقد النكاح بشهادته وكل من يصلح ان يكون ولياً في نكاح يصلح ان يكون شاهداً فى ذلك النكاح وعلى هذا الأصل قلنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين ولا ينعقد عند الشافعى رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم لانكاح الا بولى وشاهدى عدل ولكنا نقول ذكر العدالة فى هذا الحديث والشهادة مطلقة فيما روينا فنحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعاً مع انه نكر ذكر العدالة فى موضع الاثبات فيقتضى عدالة مَّا وذلك من حيث الإعتقاد وفى الحقيقة المسئلة تنبني على ان الفاسق من أهل الشهادة عندنا وانما لاتقبل شهادته لتمكن تهمة الكذب وفى الحضور والسماع لاتتمكن هذه التهمة فكان بمنزلة العدل وعند الشافعى رحمه الله تعالى الفاسق ليس من أهل الشهادة أصلا لنقصان حاله بسبب الفسق وهو ينبنى أيضا على أصل ان الفسق لاينقص من ايمانه عندنا فان الايمان لايزيد ولا ينقص والاعمال من شرائع الايمان لامن نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد الايمان بالطاعة وينتقص بالمعصية فجعل نقصان الدين بسبب الفسق

Maktaba Tul Ishaat.com

كنقصان الحال بسبب الرق والصغر واعتبر بطرف الأداء فان المقصود اظهار النكاح عند الحاجة اليه والصيانة عن خلل يقع بسبب التجاحد ولا يحصل ذلك بشهادة الفاسق ولكنا نقول الفسق لايخرجه من أن يكون أهلا للامامة والسلطنة فان الأئمة بعد الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم قل مايخلو واحد منهم عن فسق فالقول بخروجه من أن يكون إماما بالفسق يؤدي الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه أهلا للامامة كونه أهلا للقضاء لان تقلد القضاء يكون من الامام ومن ضرورة كونه أهلا لولاية القضاء ان يكون أهلا للشهادة وبه ظهر الفرق بينه وبين نقصان الحال بسبب الرق والأداء ثمرة من ثمرات الشهادة وفوت الثمرة لايدل على انعدام الشئ من أصله الا ترى ان بشهادة المستور الذى ظاهر حاله العدالة ينعقد النكاح ولا يظهر عدالته وكذلك بشهادة ابنته منها وكذلك ينعقد بشهادة الاعميين بالاتفاق اما عندنا فلان الاعمى انما لاتقبل شهادته لانه لايميز بين المشهود له والمشهود عليه الا بدليل مشتبه وهو النغمة والصوت وذلك لايكون في حالة الحضور والسماع وعند الشافعى رحمه الله تعالى لان الاعمى من أهل أداء الشهادة ولهذا قال لوتحمل وهو بصير ثم عمى تقبل شهادته فاما بشهادة المحدودين في القذف فان لم تظهر توبتهما فهما فاسقان وان ظهرت توبتهما ينعقد النكاح بشهادتهما بالاتفاق عند الشافعى رحمه الله تعالى لجواز الاداء منهما بعد التوبة وعندنا انما لاتقبل شهادة المحدود في القذف لكونه محكوما بكذبه فانما يؤثر ذلك فيما يتصور فيه تهمة الكذب أو فيما يستدعى قولا من جهتهما وذلك لا يكون في الحضور والسماع فأما بشهادة العبدين والصبيين لا ينعقد النكاح لانهما لا يقبلان هذا العقد بأنفسهما ولانهما لا يصلحان للولاية فى هذا العقد وهذا لان النكاح يعقد فى محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون الى محافل الرجال عادة فلهذا جعل حضورهما كلاحضورهما وعلى هذا الاصل ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا ينعقد بناء على أصله أن شهادة النساء مع الرجال انماتكون حجة فى الاموال وفيما يكون تبعاللأموال باعتبار أن المعاملة تكثر بين الناس ويلحقهم الحرج باشهاد رجلين فى كل حادثة فكانت حجة ضرورية فى هذا المعنى ولاضرورة فى النكاح والطلاق وما ليس بمال لان المعاملة فيها لا تكثر فكانت كالحدود والقصاص وكذلك هذا ينبني على أصله أن المرأة لاتصلح أن تكون موجبة للنكاح ولاقابلة فكذلك لاتصلح

شاهدة

Maktaba Tul Ishaat.com

شاهدة فى النكاح وعندنا هي تصلح لذلك وللنساء مع الرجال شهادة أصلية ولكن فيها ضرب شبهة من حيث أنه يغلب الضلال والنسيان عليهن كما أشار الله تعالى في قوله أن تضل احداهما الاخرى فتذكر احداهما الاخرى وبانضمام احدى المرأتين الى الاخرى تقل تهمة النسيان ولا تنعدم لبقاء سببها وهى الانوثة فلا تجعل حجة فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فأما النكاح والطلاق يثبت مع الشبهات فهذه الشهادة فيها نظير شهادة الرجال ولا اشكال ان تهمة الضلال والنسيان فى شهادة الحضور لا تحقق فكان ينبغي أن ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأة ولكنا نقول قد ثبت بالنص ان المرأتين شاهد واحد فكانت المرأة الواحدة نصف الشاهد وبنصف الشاهد لا يثبت شئ ولهذا لو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا لم تضمن المرأة شيئاً وسنقرر هذه الاصول فى موضعها من كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى واعتمادنا على حديث عمر رضى الله تعالى عنه حيث أجاز شهادة رجل وامرأتين فى النكاح والفرقة ﴿قال﴾ ولو تزوجها بشهادة ابنته أو ابنتها أو بنته منها ينعقد النكاح بالاتفاق لحضور من هو أهل للشهادة فان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لا لنقصان حاله بل لتهمة ميل كل واحد منهما الى صاحبه ولا تتمكن هذه التهمة فى انعقاد العقد بشهادتهما ﴿قال﴾ ولو تزوج مسلم نصرانية بشهادة نصرانيين جاز النكاح فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ولم يجز فى قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى لأن هذا نكاح لا يصح الا بشهود فلا يصح بشهادة الكافرين كالعقد بين المسلمين بخلاف أنكحة الكفار فانها تنعقد بغير شهود وحقيقة المعنى ان هذا السماع شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة وشرط الانعقاد سماع البينة كلاشطرى العقد ولم يوجد فكان هذا بمنزلة مالو سمع الشاهدان كلام المرأة دون كلام الزوج ولهما طريقان (أحدهما) مابينا ان الكافر يصلح أن يكون وليا فى العقد ويصلح ان يكون قابلا لهذا العقد بنفسه فيصلح ان يكون شاهداً فيه أيضاً كالمسلم وهذا استدلال بطريق الأولى فان الايجاب والقبول ركن العقد والشهادة شرطه فاذا كان يصلح الكافر للقيام بركن هذا العقد بنفسه فلأن يقوم بشرطه كان أولى بخلاف مايجرى بين المسلمين ولأن المخاطب بالاشهاد هو الرجل لانه تملك البضع ولا تملك الا بشهادة الشهود فاما المرأة تملك المال والشهود ليس بشرط لتملك المال ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان

Maktaba Tul Ishaat.com

مخصوصا بالنكاح بغير شهود ثم كانت المرأة لاتحتاج الى الاشهاد عليه اذا ثبت هذا فنقول الرجل قد اشهدعليها من يصلح ان يكون شاهداً عليها بخلاف مااذا كانت مسلمة وبخلاف ما اذا سمعوا كلامها لانه مخاطب بالاشهاد عليها بالعقد والعقد لايكون الا بكلام المتعاقدين وسماعهما كلام المسلم صحيح ألا ترى أنه لو تزوجها بشهادة كافرين ومسلمين ثم وقعت الحاجة الى أداء هذه الشهادة تقبل شهادة الكافرين بالعقد عليها اذا جحدت وعلى الزوج لو كانا اسلما بعد ذلك فظهر ان سماعهما كلام المسلم صحيح فيحصل به الاشهاد عليها بالعقد وهذا بخلاف ما اذا تزوجها بغير شهود فانه لايجوز ذلك وان كان فى دينهم حلالا لان صاحب العقد هو الزوج وهو مسلم مخاطب بالاشهاد فلا يعتبر اعتقادها في حقه ﴿ قال ﴾ واذا زوج ابنته بشهادة ابنيه ثم جحد الزوج النكاح وادعاه الاب والمرأة فشهد الابنان بذلك فشهادتهما لاتقبل فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل ولو كان الزوج هو المدعي وجحد الاب والمرأة لذلك فشهادة الابنين فيه تكون مقبولة على ابيهما والحاصل ان شهادتهما لاختهما وعلى اختهما تكون مقبولة وشهادتهما على أبيهما فيما يجحده الأب مقبولة فأما اذا شهدا لابيهما فيما يدعيه ان كان للاب فيه منفعة نحو ان يشهدا بعقد تتعلق الحقوق به لاتقبل شهادتهما وان لم يكن للاب فيه منفعة لاتقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضاً وعند محمد تقبل واصل المسئلة فيما اذا قال لعبده ان كلمك فلان فانت حر فشهدابنا فلان ان أباهما كلم العبد فان كان الاب يجحد ذلك فشهادتهما مقبولة وان كان الاب يدعى ذلك لاتقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل قال لان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لتمكن تهمة الميل اليه وايثاره بالمنفعة على غيره وهذا لايتحقق فيما لامنفعة للاب فيه فقبلت الشهادة جحدها أوادعاها وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول شهادة الولد لوالده لاتكون مقبولة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده وانما تكون شهادة له اذا كان مدعياً بشهادته ولا معتبر بالمنفعة فان جحوده الشهادة يقبل وان كان له فيه منفعة بأن شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة درهم بألف درهم مع أن المنفعة هنا تحقق فان ظهور صدقه عند القاضي والناس من جملة المنفعة والعاقل يؤثر هذا على كثير من المنافع الدنيوية ثم ذكر فى الكتاب وقال محمد رحمه الله تعالى كل شيء للأب فيه منفعة جحد أو ادعى فشهادة ابنيه فيه باطل

وكذلك كل شئ تولاه مما يكون فيه خصما كالبيع وما أشبهه والمراد بهذا أن عند دعوى الاب لا تقبل شهادة الابن للتهمة وعند جحود الاب ان كان الآخر جاحداً أيضاً لا تقبل الشهادة لعدم الدعوى فأما اذا كان الآخر مدعياً كانت الشهادة مقبولة وان كان للأب فيها منفعة كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوى مائة درهم بألف درهم والمشترى يدعيه وهذا لان هذه منفعة غير مطلوبة من جهة الاب والمنفعة التى هى غير مطلوبة لا تؤثر في المنع من قبول الشهادة ﴿ قال ﴾ وأما شهادة الشاهد على فعل تولاه لنفسه أو لغيره مما يكون فيه خصما ومما لا يكون خصما فساقطة بالاتفاق وبهذا يستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال الابن جزء من أبيه فشهادته كشهادة الاب لنفسه فكما أن شهادة الاب فيما باشره لا تكون مقبولة وان لم يكن له فيه منفعة فكذلك شهادة الابن للأب ولكنا نقول فيما باشره يكون مدعيا لا شاهداً فأما الابن فيما باشر أبوه يكون شاهداً فبعد تحقق الشهادة المانع من القبول هو التهمة ففي كل موضع لا تحقق التهمة تكون الشهادة مقبولة ﴿ قال ﴾ واذا زوج الرجل ابنته فأنكرت الرضا فشهد عليها أخوها وأبوها بالرضا لم تقبل لان الاب يريد تتميم ما باشره ولو شهد عليها أخواها بالرضا كانت مقبولة لانه لا تهمة في شهادتهما عليها ﴿قال﴾ ولو تزوج امرأة بغير شهود أو بشاهد واحد ثم أشهد بعد ذلك لم يجز النكاح لان الشرط هو الاشهاد على العقد ولم يوجد وانما وجد الاشهاد على الاقرار بالعقد الفاسد والاقرار بالعقد الفاسد ليس بعقد وبالاشهاد عليه لا ينقلب الفاسد صحيحاً ﴿ قال ﴾ ولا يجوز النكاح بين مسلمين بشهادة عبدين أو كافرين أو صبيين أو معتوهين أو نساء ليس معهن رجل لما قلنا فان كان معهم شاهدان حران مسلمان جاز النكاح لوجود شرطه فان ادرك الصبيان وعتق العبدان وأسلم الكافران ثم شهدوا بذلك عند الحاكم جازت شهادتهم لان شرائط أداء الشهادة انما يعتبر عند الاداء وهو موجود والعتق والاسلام والبلوغ ليس من شرائط التحمل فتحملهما كان صحيحاً حين تحملا لأن التحمل ليس بشهادة والحرية والاسلام والبلوغ تعتبر فى الشهادة فلهذا جازت شهادتهما ﴿قال﴾ واذا شهد شاهد أنه تزوجها أمس وشهد شاهد أنه تزوجها اليوم فشهادتهما باطلة لان النكاح وان كان قولا الا أن من شرائطه ماهو فعل وهو حضور الشهود فكان بمنزلة الافعال واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة توضيحه ان كل واحد منهما شهد بعقد

Maktaba Tul Ishaat.com

عقد بحضوره وحده وذلك عقد فاسد ﴿قال﴾ واذا جحد الزوج النكاح فأقامت المرأة البينة جاز ولم يكن جحوده طلاقا ولا فرقة لان الطلاق تصرف فى النكاح وهو منكر لأصل النكاح فلا يكون إنكاره تصرفا فيه بالرفع والقطع . ألا ترى أن بالطلاق ينتقص العدد وبانتفاء أصل النكاح لا ينتقص فان أقامت البينة على اقراره بالنكاح جاز أيضاً لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ﴿قال﴾ ولو زوج عبده أمته بغير شهود لم يجز لأنه نكاح بين مسلمين واشتراط الشهود فى نكاح المسلمين لاظهار خطر البضع وذلك المعنى لايختلف في الاحرار والعبيد وهذا بخلاف المهر لانه على طريق بعض مشايخنا يجب المهر بهذا العقد لاظهار خطر البضع حقا للشرع ثم يسقط بعد ذلك لانه لو بقى كان للمولى ولا دين للمولى على عبده وان قلنا لايجب فانما امتنع وجوبه لوجود المنافى له ولكونه غير مفيد لان فائدة الوجوب الاستيفاء وهذا لا يوجد فى الشهود فان ملكه رقبتهما لاينافي الاشهاد على النكاح ويحصل به ماهو مقصود الاشهاد ﴿قال﴾ وان طلقها الزوج في النكاح بغير شهود لم يقع طلاقه عليها ولكنه متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يستدعى ملكا له على المحل اما ملك العين أو ملك اليد وذلك لايحصل بالنكاح الفاسد فان العدة وان وجبت بالدخول لايثبت ملك اليد باعتباره ولهذا لاتستوجب النفقة ولكنه يكون متاركة فان الطلاق فى النكاح الصحيح يكون رافعا للعقد موجبا نقصان العدد لكن امتنع ثبوت أحد الحكمين هنا فبقى عاملا فى الآخر وهو رفع الشبهة لان رفع الشبهة دون رفع العقد ثم بين حكم الدخول فى النكاح الفاسد وما لو تزوجها فى العدة ثانية بشهود ثم طلقها قبل الدخول وقد بينا الخلاف فيه فيما سبق ﴿قال﴾ واذا قال تزوجتك بغير شهود وقالت هى تزوجتنى بشهود فالقول قولها لانهما اتفقا على أصل العقد فيكون ذلك كالاتفاق منهما على شرائطه لان شرط الشئ يتبعه فالاتفاق على الاصل يكون اتفاقا على الشرط ثم المنكر منهما للشرط فى معنى الراجع فان كانت هى التى أنكرت الشهود فالنكاح بينهما صحيح وان كان الزوج هو المنكر يفرق بينهما لاقراره بالحرمة عليه لانه متمكن من تحريمها على نفسه فجعل اقراره مقبولا فى اثبات الحرمة ويكون هذا بمنزلة الفرقة من جهته فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميع المسمى ونفقة العدة ان كان بعد الدخول وهذا بخلاف ما اذا أنكر الزوج أصل النكاح لان القاضى كذبه فى انكاره بالحجة والمكذب في زعمه بقضاء القاضى لايبقى لزعمه عبرة وهنا القاضى ما كذبه فى زعمه بالحجة ولكنه رجح قولها

Maktaba Tul Ishaat.com

للمعنى الذى قلنا فبقى زعمه معتبراً فى حقه فلهذا فرق بينهما ﴿ قال ﴾ وكذلك لو قال تزوجتها ولها زوج أوهي معتدة من غيرى أوهى مجوسية أو أختها عندى أو هي أمة تزوجتها بغير اذن مولاها لان هذه الموانع كلها معني فى محل العقد والمحال فى حكم الشروط فكان هذا واختلافهما فى الشهود سواء على ما بينا وهذا بخلاف ما اذا ادعي أحدهما ان النكاح كان فى صغره بمباشرته لانه ينكر أصل العقد هنا فان الصغير ليس بأهل لمباشرة النكاح بنفسه فاضافة العقد الى حالة معهودة تنافى الأهلية يكون انكارا لاصل العقد كما لو قال تزوجتك قبل ان تخلق أو قبل أن أخلق واذا كان القول قول المنكر منهما فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل الادراك وان كان دخل بها قبل الادراك فلها الأقل من المسمي ومن مهر المثل لوجود الدخول بحكم النكاح الموقوف فان عقد الصغير يتوقف على اجازة وليه اذا كان الولى يملك مباشرته وان كان الدخول بعد الادراك فهذا رضي بذلك النكاح وبعد الادراك لو أجاز العقد الذى عقده فى حالة الصغر جاز كما لو اجاز وليه قبل ادراكه فكذلك بدخوله بها يصير مجيزاً ﴿ قال ﴾ واذا زوج الرجل امرأة بامره ثم اختلفا فقال الوكيل أشهدت فيه على النكاح وقال الزوج لم تشهد فيه فانه يفرق بينهما لاقراره وعليه نصف الصداق لما قلنا ان اقراره باصل عقد الوكيل اقرار بشرطه وان اختلفت المرأة ووكيلها في مثل ذلك فالقول قول الزوج لانها أقرت بالوكالة والنكاح فيكون ذلك اقراراً منها بشرط النكاح ﴿ قال ﴾ وكذلك لو قالت لم تزوجنى لا يلزمها اقرار الوكيل وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالي خلافا لهما لان اقرار الوكيل بالنكاح فى حال بقاء الوكالة صحيح وقد بيناه وكذلك وكيل الزوج اذا أقر بالنكاح وجحد الزوج فهو على الخلاف الذى بينا هكذا ذكر المسئلة هنا وأعاد المسئلة في كتاب الطلاق وذكر ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال سواء النكاح والخلع والبيع والشراء في ان اقرار الوكيل بفعله جائز اذا كان الآمر مقراً انه أمره بفعله ففي رواية كتاب الطلاق الخلاف فى اقرار الولى على الصغير فى النكاح لا في اقرار الوكيل على الموكل لان الوكيل مسلط من جهة الموكل باختياره فاقرار الوكيل به كاقرار الموكل بنفسه فأما الولى مسلط شرعا والشرع اعتبر الشهود فى النكاح فلا يصح اقرار الولى بغير شهود والاصح أن الخلاف فى الكل كما ذكر هنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

Maktaba Tul Ishaat.com

باب نكاح أهل الذمة

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه اعلم أن كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين أهل الذمة لانهم يعتقدون جوازه ونحن نعتقد ذلك فى حقهم أيضا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال بعثت الي الاحمر والاسود وخطاب الواحد خطاب الجماعة فما توافقنا فى اعتقاده يكون ثابتاً فى حقهم فاما ما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع منها النكاح بغير شهود فانه جائز بين أهل الذمة يقرون عليه اذا أسلموا عندنا. وقال زفر رحمه الله تعالى لا يتعرض لهم فى ذلك الا أن يسلموا أو يترافعوا الينا فحينئذ يفرق القاضى بينهم لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ولانهم بعقد الذمة صاروا منا داراً والتزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فيثبت فى حقهم ماهو ثابت فى حقنا الا ترى ان حرمة الربا ثابتة في حقهم بهذا الطريق فكذلك حرمة النكاح بغير شهود ولكننا نقول نعرض عنهم لمكان عقد الذمة لا لانا نقرهم على ذلك كما نتركهم وعبادة النار والاوثان على سبيل الاعراض لا على سبيل التقرير والحكم بصحة مايفعلون ولا نعرض عنهم فى عقد الربا لان ذلك مستثنى عن عقد الذمة قال صلى الله عليه وسلم الامن أربى فليس بيننا وبينه عقد وروى عهد وكتب الى بنى نجران اما ان تدعوا الربا أو فأذنوا بحرب من الله ورسوله وحجتنا فى ذلك ان الاشهاد على النكاح من حق الشرع وهم لا يخاطبون بحقوق الشرع بما هو أهم من هذا ولان النكاح بغير شهود يجوزه بعض المسلمين ونحن نعلم انهم لم يلتزموا أحكام الاسلام بجميع الاختلاف ثم من المنزل ان يترك أهل الكتاب وما يعتقدون الا ما استثني عليهم وان حكم خطاب الشرع فى حقهم كانه غير نازل لاعتقادهم خلاف ذلك الا تري ان الخمر والخنزير يكون مالا متقوما فى حقهم ينفذ تصرفهم فيهما بهذا الطريق فكذا مانحن فيه بخلاف الشرك فان ذلك لم يحل قط ولن يحل قط واذا انعقد انعقد فيما بينهم صحيحاً بهذا الطريق فما بعد المرافعة والاسلام حال بقاء النكاح والشهود شرط ابتداء النكاح لا شرط البقاء فاما اذا تزوج ذمية فى عدة ذمى جاز النكاح في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى حتى لا يفرق بينهما وان أسلما أو ترافعا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرق لان النكاح في العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلا فى حقهم أيضاً ولكن لا نتعرض لهم لمكان عقد

Maktaba Tul Ishaat.com

الذمة فاذا ترافعوا أو أسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الاسلام كما في نكاح المحارم فاما
عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي من أصحابنا من يقول العدة لاتجب من الذمى لان وجوبها
لحق الشرع أو لحق الزوج ولا يمكن ايجابها لحق الشرع هنا لانهم لايخاطبون بذلك ولا
لحق الزوج لانه لايعتقد ذلك فاذا لم تجب العدة كان النكاح صحيحا ومنهم من يقول العدة
واجبة ولكنها ضعيفة لاتمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان
النكاح صحيحا وبعد المرافعة أو الاسلام الحال حال بقاء النكاح والعدة لاتمنع بقاء النكاح
كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة وهذا بخلاف مااذا كانت معتدة من مسلم لان تلك العدة
قوية واجبة حقا للزوج فاما اذا تزوج ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فانه لا
يتعرض له في ذلك وان علمه القاضى مالم يترافعوا اليه الا في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى
الآخر وذكر في كتاب الطلاق انه يفرق بينهما اذا علم بذلك لمآ روى ان عمر رضى الله عنه
كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم من الزمزمة اذا أكلوا ولكنا
نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر بن عبدالعزيز الى الحسن البصرى رضى
الله تعالى عنهما مابال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وماهم عليه من نكاح المحارم
واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما أنت متبع
وليس بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من ذلك الوقت الى يومنا هذا لم يشتغل أحد
منهم بذلك مع علمهم انهم يباشرون ذلك ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لهذه الانكحة
فيما بينهم حكم الصحة ولهذا قال يقضى لها بنفقة النكاح اذا طلبت ولايسقط احصانه اذا دخل
بها حتى اذا أسلم يحد قاذفه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو باطل في حقهم ولكنا
لانتعرض لهم في ذلك لمكان عقد الذمة وهذا لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائع في
دار الاسلام وهم من أهل دار الاسلام فيكون الخطاب ثابتاً في حقهم لانه ليس في وسع
المبلغ التبليغ الى كل واحد وانما في وسعه جعل الخطاب شائعاً فيجعل شيوع الخطاب بمنزلة
البلوغ اليهم ولكن لانتعرض لهم لمكان عقد الذمة ألا ترى أنهم لايتوارثون بهذه الانكحة
ولو كانت صحيحة في حقهم لتوارثوا بها وأما الخمر والخنزير فقد قيل الحرمة بخطاب خاص
في حق المسلمين وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهل أنتم
منتهون وقيل ليس من ضرورة الحرمة سقوط المالية والتقوم فالمال قد يكون حراما وقد يكون

Maktaba Tul Ishaat.com

حلالا وانما تنبني المالية على التمول وهم يتمولون ذلك فأما من ضرورة حرمة المحل بطلان النكاح وقد ثبتت الحرمة في حقهم كما بيناوأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لوتزوج مجوسية صح بالاتفاق والمجوسية محرمة النكاح بخطاب الشرع كذوات المحارم وانما حكمنا بجوازه بينهم لان الخطاب في حقهم كأنه غير نازل فانهم يكذبون المبلغ ويزعمون أنه لم يكن رسولا وقد انقطعت ولاية الالزام بالسيف أو بالمحاجة لمكان عقد الذمة فصار حكم الخطاب قاصراً عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر فى حق من يعتقد كون المبلغ رسولا فاذا اعتقدوا ذلك بأن أسلموا ثبت حكم الخطاب فى حقهم فأما قبل ذلك لما قصر الخطاب عنهم بقى حكم المنسوخ فى حقهم ما لم يثبت الناسخ كما بقى حكم جواز الصلاة الى بيت المقدس فى حق أهل قباء لما لم يبلغهم الخطاب بالتوجه الى الكعبة فاذا ثبت حكم صحة الانكحة بهذا الطريق ثبت به ما هو من ضرورة صحة النكاح كالنفقة وبقاء الاحصان وأما الميراث فليس استحقاق الميراث من ضرورة صحة النكاح فقد يمتنع التوارث بأسباب كالرق واختلاف الدين مع أن التوارث انما يستحق الميراث على المورث بعد موته وحكم اعتقاده بخلاف الشرع سقط اعتباره بالموت لعلمنا أنه قد تيقن بذلك ولما أشار الله تعالى اليه فى قوله وان من أهل الكتاب الا ليؤمنن به قبل موته فلا يكون اعتقاد الوارث معتبراً فى الاستحقاق عليه فلهذا لا يرثه بخلاف النفقة فى حال الحياة وبقاء الاحصان اذا ثبتت هذه القاعدة فنقول عند أبي حنيفة ان رفع أحدهما الامر الى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الآخر يأبى ذلك وعندهما يفرق بينهما لان أصل النكاح كان باطلا ولكن ترك التعرض كان للوفاء بعقد الذمة فاذا رفع أحدهما الامر وانقاد لحكم الاسلام كان هذا بمنزلة ما لو أسلم أحدهما ولو أسلم أحدهما فرق القاضى بينهما فكان اسلام أحدهما كاسلامهما فكذلك رفع أحدهما اليه كرافعتهما وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أصل النكاح كان صحيحاً فرفع أحدهما الى القاضى ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر فى ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده يكون معارضاً لاعتقاد الآخر فبقى حكم الصحة على ماكان بخلاف ما اذا أسلم أحدهما فان الاسلام يعلو ولا يعلى فلا يكون اعتقادالآخر معارضاًلاسلام المسلم منهما وبخلاف ما اذا رفعا لانهما انقادا لحكم الاسلام فيثبت حكم الخطاب في حقها بانقيادهما له واليه أشار الله تعالى في قوله فان جاؤك فاحكم بينهم فتكون مرافعتهما كاسلامهما وبعد

اسلامهما

اسلامهما يفرق بينهما لان المحرمية كما تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء بعد ما انعقد صحيحاً كما لو اعترضت المحرمية في نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة ﴿قال﴾ واذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير بعينه أو بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمى لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا متقوما والخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة في حقنا وأن تزوجها على ميتة أو دم أو غير شئ فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لانهم لا يتمولون الميتة والدم كما لا يتمولها المسلمون ولو كان المسلم هو الذي تزوج امرأة بهذه الصفة كان لها مهر مثلها فكذلك الذمي وقيل هذا قولهما اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاشئ لها اذا كانوا يدينون بالنكاح بغير مهر الى هذا يشير في الجامع الصغير والخلاف مشهور فيما اذا تزوجها على ان لا مهر لها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجب المهر وان أسلما وعندهما لها مهر مثلها وهو بناء على ما ذكرنا من الأصل فان تقييد الابتغاء بالمال ثبت بخطاب الشرع فعندهما يكون ثابتا في حق أهل الذمة لشيوع الخطاب في دار الاسلام وكونهم من أهلها واشتراطهم بخلاف ذلك باطل الا انه لا يتعرض لهم مالم يسلموا أو يرفع أحدهم الأمر الى القاضي بخلاف أهل الحرب فان الخطاب غير شائع في دار الحرب ولان الحربية محل للتملك بالقهر فيتمكن من اثبات ملك النكاح عليها بغير عوض بخلاف الذمية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حكم هذا الخطاب قاصر عنهم من الوجه الذي قلنا فصح الشرط ووجب الوفاء به مالم يسلموا وبعد الاسلام أو المرافعة الحال حال بقاء النكاح والمهر ليس بشرط بقاء النكاح فكان هذا والنكاح بغير شهود سواء فاما اذا سكتا عن ذكر المهر فكذا في احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض الا بالشرط وفي الرواية الأخرى يجب لان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع فيما بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض كان العوض مستحقاً لها وكذا عند تسمية الميتة والدم لان ذلك لغو باعتبار أنه ليس بمال فكان هذا والسكوت عن ذكر المهر سواء ﴿قال﴾ واذا طلق الذمي امرأته ثلاثا ثم أقام عليها فرافعته الى السلطان فرق بينهما لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان كانوا لا يعتقدونه محصور العدد فامساكه اياها بعد التطليقات الثلاث ظلم منه وما اعطيناهم الذمة لنقرهم على الظلم أرأيت لو اختلست بمال أكنا ندعه ليقوم عليها وقد استوفي منها فاما اذا

Maktaba Tul Ishaat.com

تزوجها بعد التطليقات الثلاث برضاها فالآن هذا ونكاح المحارم سواء لان الثلاث يوجب حرمة المحل بخطاب الشرع كالمحرمية وهم لايعتقدون ذلك وحرمة المحل بهذا السبب تمنع بقاء النكاح كما تمنع الابتداء فكان كالمحرمية فيما ذكرنا من التفريعات ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الذمى ذمية على خمر بعينها أو خنزير بعينه ثم أسلما أو أسلم أحدهما فليس لها غير ذلك المعين فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فان كانت الخمر بغير عينها فلها قيمتها وفي الخنزير بغير عينه فى القياس كذلك ولكنه استحسن فقال لها مهر مثلها وفي قول محمد لها القيمة على كل حال وفى قول أبي يوسف الآخر لها مهر مثلها على كل حال ولم يذكر قوله الاول وقيل هو كقول محمد رحمه الله اما حجتهما فى المعين ان الاسلام ورد والحرام مملوك بالعقد غير مقبوض فيمنع الاسلام قبضه كما في الخمر المشتراة اذ أسلم أحدهما قبل القبض وهذا لان القبض يؤكد الملك الثابت بالعقد الا ترى ان الصداق تتنصف بنفس الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضاً وبعد القبض لا يعود شيء الى ملك الزوج الا بقضاء أو رضاء وكذلك الزوائد تتنصف قبل القبض ولا تتنصف بعده وكذلك لو مر يوم الفطر والصداق عبد عند الزوج ثم طلقها قبل الدخول لاتجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض اذا ثبت هذا فنقول الاسلام كما يمنع تملك الخمر بالعقد ابتداء يمنع تأكد الملك فيها بالقبض وبه فارق الخمر المغصوبة فانه ليس في الاسترداد تأكد الملك انما فيه مجرد النقل من يد الى يد وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاسلام ورد وعين المسمى مملوك لها مضمون بنفسه في يد الزوج فلا يمنع الاسلام قبضه كالخمر المغصوبة لايمنع الاسلام استردادها وهذا لان ملكها في الصداق يتم بنفس العقد حتى تملك التصرف فيه كيف شاءت ومع من شاءت ببدل وغير بدل فليس القبض هنا بموجب ملك التصرف ولا تملك العين بخلاف المبيع فان بالقبض هناك يستفاد ملك التصرف والاسلام المانع منه ولان ضمان المبيع فى يد البائع ضمان ملك حتي لو هلك يهلك على ملكه فكان قبض المشترى ناقلا لضمان الملك فاما ضمان المسمى فى يد الزوج فليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا وجب لها القيمة فلايكون الاسلام مانعاً من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب وهذا بخلاف ما اذا كان المسمى بغير عينه لان القبض هناك موجب ملك العين والاسلام يمنع من ذلك واذا عرفنا هذا فمحمد رحمه الله تعالى يقول في الفصول كلها تعذر بالاسلام تسليم المسمي

بعد صحة التسمية وذلك موجب للقيمة على كل حال كما لو تزوجها على عبد فاستحق أو هلك قبل التسليم وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الاسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل في الحكم كالمقارن للعقد كما في البيع ولو اقترن الاسلام بالعقد وجب لها مهر المثل على كل حال فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القياس ما قاله محمد رحمه الله تعالى لان التسمية صحيحة وبطريان الاسلام لا يتبين فساد التسمية بخلاف ما اذا اقترن الاسلام بالعقد فان التسمية هناك مفسدة وبخلاف البيع لان أصل السبب هناك يفسد بالاسلام الطارئ وهنا أصل السبب باق وقد كانت التسمية صحيحة فاذا تعذر تسليم المسمى كان لها القيمة غير أني أستقبح ايجاب قيمة الخنزير فأوجب لها مهر مثلها قيل انما استقبح ذلك لبعد الخنزير عن المالية في حق المسلمين ولان المسلمين لا يعرفون قيمته والرجوع الى أهل الذمة في معرفة قيمة الخنزير ليقضى به مستقبح ولكن هذا ضعيف فان المسلم اذا أتلف خنزير الذمي يضمن قيمته كما اذا أتلف خمره والصحيح ان يقال قيمة الخنزير كعينه الا ترى ان قبل الاسلام لو اتاها بالقيمة أجبرت على القبول كما اذا أتاها بالعين فكما تعذر قبض عين الخنزير بالاسلام فكذلك القيمة بخلاف الخمر يقرره ان قيمة الخنزير من موجبات صحة التسمية وبالاسلام قد تغير حكم التسمية فانما يجوز ان يستوفى بعد الاسلام ماليس من موجبات صحة التسمية وذلك مهر المثل فاما قيمة الخمر ليس من موجبات صحة التسمية لان الخمر من ذوات الامثال فلهذا يصار الى قيمة الخمر ثم ان طلقها قبل الدخول ففي العين لها نصف العين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق على ما نذكره في باب المهور ان شاء الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لها المتعة على كل حال ﴿قال﴾ مسلم تزوج مسلمة على خمر أو خنزير أو شئ مما لا يحل كان النكاح جائزا لان صحة التسمية ليس من شرائط أصل النكاح فالنكاح صحيح بغير تسمية المهر فكذلك مع فساد التسمية لان ما كان فاسدا شرعا فذكره كالسكوت عنه في حكم الاستحقاق وتقدم اشتراطه غير مبطل للنكاح فان النكاح يهدم الشرط ولا ينهدم به هكذا قال ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع واذا صح النكاح فلها مهر

مثلها لان البضع لا يتملك الا بعوض وقد تعذر إيجاب المسمى فيصار الى العوض الاصلي وهو قيمة البضع على ما نبينه فى باب المهور ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ وتجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس وقد دللنا على جواز أصل المناكحة فيما بينهم ثم هم أهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم لانه يجمعهم اعتقاد الشرك والانكار لنبوة محمد صلى الله عليه وسلم فتجوز المناكحة فيما بينهم كأهل المذاهب فيما بين المسلمين ولهذا جوزنا شهادة بعضهم على بعض وورثنا بعضهم من بعض ثم المولود بينهما على دين الكتابى من الأبوين عندنا تحل ذبيحته ومناكحته للمسلمين ولا يحل ذلك عند الشافعي رحمه الله تعالى لان المعارضة تحقق بينهما واحدهما يوجب الحرمة والآخر الحل فيغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شئ الا غلب الحرام الحلال بخلاف ما اذا كان أحدهما مسلما لان الكفر لا يعارض الاسلام على ما بينا ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه الحديث فقد جعل اتفاق الابوين علة ناقلة عن أصل الفطرة فيثبت ذلك فيما اذا اتفق عليه الابوان وفيما اختلفا فيه يبقى على أصل الفطرة ولان حل الذبيحة والمناكحة من حكم الاسلام فاذا كان ذلك اعتقاد أحد الأبوين يجعل الولد تبعا له فى ذلك كما فى نفس الاسلام وهذا لان اليهودية اذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فلا تقع المعارضة بينهما ولكن يترجح جانب التبعية للكتابي لانه يعتقد التوحيد أو يظهره فكان فى جعل الولد تبعاً له نوع نظر للولد وذلك واجب ﴿قال﴾ واذا زوج صبية من صبي وهما من أهل الذمة جاز ذلك كما يجوز بين المسلمين لان الولاية ثبتت للأولياء فيما بينهم قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ثم ان كان المزوج هو الاب والجد فلا خيار لهما اذا أدركا لشفقة الأبوة فان ذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى وان كان المزوج غير الأب والجد فلهما الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد على ما بينا فيما بين المسلمين ﴿قال﴾ واذا تزوجت الذمية ذمياً فقال وليها هذا ليس بكفء لم يلتفت الى قوله لان ذل الشرك وصغار الجزية يجمعهم فلا يظهر مع ذلك نقصان النسب بل هم اكفاء بعضهم لبعض ألا ترى أنهم لو استرقوا كانوا اكفاء ولو اعتقوا كذلك ولو أسلموا كانوا اكفاء فعرفنا أنه لا يظهر التفاوت بينهم فلا يكون للولى ان يخاصم ﴿قال﴾ الا ان يكون شيئاً مشهوراً يعنى كابنة ملك منهم خدعها حائك أو سايس ونحوه فهنا يفرق

Maktaba Tul Ishaat.com

بينهما لالا نعدام الكفاءة بل لتسكين الفتنة لان هذا يهيج الفتنة والقاضي مأمور بتسكين الفتنة بينهم كما هو مأمور بذلك بين المسلمين ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الذمى مسلمة حرة فرق بينهما لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى فاستقر الحكم في الشرع على ان المسلمة لاتحل للكافر وان كان ذلك حلالا في الابتداء فيفرق بينهما ويوجع عقوبة ان كان قد دخل بها ولايبلغ به أربعين سوطاً وتعذر المرأة والذى سعى فيما بينهما وفي حق الذمى لم يذكر لفظ التعذير لانه ينبئ عن معنى التطهير والتوقير قال الله تعالى وتعزروه وتوقروه وتسبحوه بكرة وأصيلافلهذا قال يوجع عقوبة وهذا لانه أساء الأدب فيما صنع واستخف بالمسلمين وارتكب ما كان ممنوعاًمنه فيؤدب على ذلك وكان مالك بن أنس رحمه الله تعالى يقول يقتل لانه يصير بهذا ناقضاً للعهد حين باشر ما ضمن في العهد أن لايفعله فهو نظير الذمي اذا جعل نفسه طليعة للمشركين على قوله ولكنا نقول كما ان المسلم بارتكاب مثله لايصير ناقضاً لامانه فالذمى لايصير ناقضاً لأمانه فلا يقتل ولكن يوجع عقوبة وكذلك يعذر الذى سعى بينهما لأنه أعان على مالا يحل والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي والرائش وهو الذى يسعى بينهما وان أسلم بعد النكاح لم يترك على نكاحه لان أصل النكاح كان باطلا فبالاسلام لاينقلب صحيحا ﴿ قال ﴾ ولو أسلم الزوج وامرأته من أهل الكتاب بقى النكاح بينهما ولا يتعرض لهما لان ابتداء النكاح صحيح بعد اسلام الرجل فلأن يبقى أولى وان كانت من غير أهل الكتاب فهى امرأته حتى يعرض عليها الاسلام فان أسلمت والافرق بينهما وكذلك ان كانت المرأة هي التى أسلمت والزوج من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب فهى امرأته حتى يعرض عليه الاسلام فان أسلم والا فرق بينهما ويستوى ان كان دخل بها أولم يدخل بها عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيض ولا يعرض الاسلام على الآخر واستدل في ذلك فقال قد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم في الاجبار على الاسلام وذلك يقطع ولاية الاجبار والتفريق عندنا بالاسلام ولكن النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس اختلاف الدين اذا كان على وجه يمنع ابتداء النكاح وبعد الدخول النكاح متأكد فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين حتى ينضم اليه مايؤثر

Maktaba Tul Ishaat.com

في الفرقة وهو انقضاء العدة وقاس بالطلاق فان بنفس الطلاق قبل الدخول يرتفع النكاح وبعد الدخول لا يرتفع الا بانقضاء العدة وحجتنا في ذلك ماروى ان دهقانة بهز الملك أسلمت فأمر عمر رضى الله تعالى عنه ان يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم والا فرق بينهما وان دهقانا أسلم فى عهد على رضى الله عنه فعرض الاسلام على امرأته فابت ففرق بينهما وكان المعنى فيه ان النكاح كان صحيحاً بينهما فلا يرتفع الا بعد وجود السبب الموجب له واسلام المسلم منهما لا يصلح سبباً لذلك لانه سبب لاثبات العصمة وتأكيد الملك له وكذلك كفر من أصر منهما على الكفر لانه كان موجوداً قبل هذا وما كان مانعاً لابتداء النكاح ولا بقائه وكذلك اختلاف الدين فان عينه ليس بسبب كما لوكان الزوج مسلماً والمرأة كتابية فلا بد من أن يتقرر السبب الموجب للفرقة لما تعذر استدامة النكاح بينهما وذلك السبب عرض الاسلام على الكافر منهما لا بطريق الاجبار عليه ولكن لان بالنكاح وجب عليه الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان فالامساك بالمعروف في ان يساعدها على الاسلام فاذا أبى ذلك تعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع من ذلك ناب القاضى منابه فى التفريق بينهما ثم ان كانت المرأة هى التى أبت الاسلام حتى فرق القاضى بينهما فان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعد الدخول فليس لها نفقة العدة لان الفرقة جاءت من قبلها وتكون الفرقة بغير طلاق بالاتفاق لانه ليس اليها من الطلاق شئ وانما فرق القاضى بينهما باصرارها على الخبث والخبيثة لا تصلح للطيب فاما اذا كان الزوج هو الذى أبى الاسلام فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر وان كان بعد الدخول فلها نفقة العدة وتكون الفرقة بطلاق عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى تكون فرقة بغير طلاق واما الفرقة بردة المرأة تكون بغير طلاق وردة الزوج كذلك في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وفى قول محمد رحمه الله تعالى تكون بطلاق وحجة أبى يوسف رحمه الله تعالى فى الفصلين ان سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى أنه يتحقق من كل واحد منهما وهو الاباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية وملك أحد الزوجين صاحبه وهذا لانه ليس اليها من الطلاق شئ فكل سبب للفرقة يتحقق من جهتها يعلم انه ليس بسبب للطلاق وحجة محمد رحمه الله تعالى فى الفصلين ان سبب الفرقة قول من جهة الزوج اما إباء أو ردة فيكون بمنزلة ايقاع

Maktaba Tul Ishaat.com

الطلاق وهذا لانه يفوت الامساك بالمعروف بهذا السبب فيتعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق الا ترى ان الفرقة بين العنين وامرأته تجعل طلاقاً بهذا الطريق وأبو حنيفة يفرق بينهما والفرق من وجهين احدهما ان الفرقة بالردة كانت لفوات صفة الحل وذلك مناف للنكاح الا تري ان الفرقة لا تتوقف على قضاء القاضي فانه ينافي النكاح ابتداء وبقاء فيكون نظير المحرمية والملك فأما إباء الاسلام فانه غير مناف للنكاح الا تري ان الفرقة به لا تقع الا بقضاء القاضي والفرقة بسبب غير مناف للنكاح اذا كان مضافاً الى الزوج يكون طلاقاً توضيح الفرق ان في فصل الاباء لما كانت الفرقة لاتقع الا بقضاء القاضي أشبه الفرقة بسبب العنة من حيث ان القاضي ينوب فيه عن الزوج وفي مسئلة الردة لما لم تتوقف الفرقة على القضاء أشبه الفرقة بسبب المحرمية والملك الا ترى انه يتم بالمرأة وليس اليها من الطلاق شيء ثم في الفصلين يقع طلاقه عليها ما دامت في العدة اما في الاباء فظاهر لان الفرقة كانت بالطلاق واما في الردة فلان حرمة الحل بهذا السبب غير متأبدة ألا ترى أنه يرتفع بالاسلام فيتوفر على الطلاق ما هو موجبه وهو حرمة الحل الى غاية إصابة الزوج الثاني فلهذا يقع طلاقه عليها في العدة بخلاف ما بعد المحرمية فان حرمة الحل هناك مؤبدة فلا يظهر معها ماهو موجب الطلاق ﴿قال﴾ واذا عقد النكاح على صبيين من أهل الذمة ثم أسلم أحدهما وهو يعقل الاسلام صح اسلامه عندنا استحسانا ويعرض على الآخر الاسلام ان كان يعقل فان أسلم فهما على نكاحهما وان أبى أن يسلم فان كان الزوج هو الذى أسلم والمرأة كتابية لم يفرق بينهما كما لو كانا بالغين وان كان بخلاف ذلك في القياس لايفرق بينهما أيضا لان الاباء انما يتحقق موجباً للفرقة ممن يكون مخاطبا بالاداء والذي لم يبلغ وان كان عاقلا فهو غير مخاطب بذلك ولكنه استحسن فقال كل من صح منه الاسلام اذا أتى به صح منه الاباء اذا عرض عليه وعند تقرر السبب الموجب للفرقة الصبي يستوى بالبالغ كما لو وجدته امرأته مجنوناً وقيل هذا على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فأما أبو يوسف رحمه الله فانه يأخذ بالقياس وهو نظير اختلافهم في ردة الصبي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تجب الفرقة خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى والاصح أنه قولهم جميعا والفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى أن الاباء تمسك بما هو عليه فيكون صحيحا منه فأما الردة انشاء لما لم يكن موجوداً وهو يضره فلا يصح منه ألا ترى أن رده الهبة بعد ما قبض لا يصح وامتناعه من القبول في الابتداء

Maktaba Tul Ishaat.com

صحيح ثم اذا فرق باباء الزوج وكان صغيراً فبعض مشايخنا يقولون هذا لا يكون طلاقا لأن الصبي ليس من أهل الطلاق بخلاف البالغ والصحيح انه طلاق لأن السبب قد تقرر فهو نظير الفرقة بسبب الجب وهذا لان الصبي ليس بأهل لايقاع الطلاق والعتاق ثم العتق ينفذ من جهته اذا تقرر سببه بأن ورث قريبه فكذلك الطلاق ﴿قال﴾ نصرانى تزوج نصرانية ثم انها تمجست فهما على نكاحهما لأنها لوكانت مجوسية فى الابتداء صح النكاح بينهما فكذلك اذا تمجست وهو بناء على أصلنا أنه اذا تحول من دين الى دين يترك على ما اعتقد لأن الكفر كله ملة واحدة وللشافعى فيه ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول آخر أنه يقتل ان لم يسلم لان الأمان له كان على ما اعتقده فاذا بدله بغيره لم يبق له أمان فيقتل ان لم يسلم وهذا فاسد فان الامان بسبب الذمة كان له مع كفره وما ترك الكفر واذا كان ما اعتقد لا ينافى ابتداء عقد الذمة لا يكون منافياً للبقاء أيضاً وفى قول آخر يقول يجبر على العود الى ما كان عليه كالمسلم اذا ارتد والعياذ بالله وهو بعيد أيضاً فان ما كان عليه كان كفراً فكيف يجبر على العود اليه والنصرانى اذا تهود فقد اعتقد التوحيد ظاهراً فكيف يجبر على العود الى التثليث بعد ما اعتقد التوحيد فان أسلم الزوج بعد ما تمجست عرض عليها الاسلام كما لوكانت مجوسية فى الاصل فان أسلمت والا فرق بينهما وان تهودت أو تنصرت كانا على النكاح كما لوكانت يهودية أو نصرانية في الابتداء وان تمجست بعد ما أسلم الزوج وقعت الفرقة بينهما لان تمجسها بعد الاسلام كردة المسلمة فكما يتعجل الفرقة بنفس ردة المرأة فكذا تمجسها بعد إسلام الزوج ﴿قال﴾ نصرانى تزوج نصرانية بشهادة عبدين كان جائزاً اذا كان ذلك فى دينهم نكاحا لانه لو تزوجها بغير شهود جاز فبشهادة العبدين أولى والله أعلم بالصواب

باب نكاح المرتد

﴿قال﴾ ولا يجوز للمرتد ان يتزوج مرتدة ولا مسلمة ولا كافرة أصلية لان النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فانه ترك ما كان عليه وهو غير مقر علي ما اعتقده وحقيقة المعنى فيه من وجهين أحدهما ان النكاح مشروع لمعنى البقاء فان بقاء النسل به يكون وكذلك بقاء النفوس بالقيام بمصالح المعيشة والمرتد مستحق للقتل فما كان سبب البقاء لا يكون مشروعا

في

في حقه والثاني ان قتله بنفس الردة صار مستحقا وانما يمهل ثلاثة أيام ليتأمل فيما عرض له من الشبهة ففيما وراء ذلك جعل كانه لا حياة له حكما فلا يصح منه عقد النكاح لان اشتغاله بعقد النكاح يشغله عما لاجله حياته وهو التأمل وكذلك لايجوز نكاح المرتدة مع أحد لانها مأمورة بالتأمل لتعود الى الاسلام وممنوعة من الاشتغال بشئ آخر ولانها بالردة صارت محرمة والنكاح مختص بمحل الحل ابتداء فلهذا لايجوز نكاحها مع أحد ﴿ قال ﴾ واذا ارتد المسلم بانت منه امرأته مسلمة كانت أو كتابية دخل بها أولم يدخل بها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لم يدخل بها فكذلك وان كان بعد الدخول لا يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض بناء على أصله في الفرق بين تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده على ما بينا في الاسلام فانه بالردة يقصد منابذة الملة لا الحليلة فلا يكون ذلك موجبا للفرقة بعد تأكده مالم ينضم اليه سبب آخر كما لو أسلم أحدهما وابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول لاتقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد فان تاب فهي امرأته وان مات أوقتل ورثته وجعل هذا قياس اسلام أحد الزوجين على ما بينا ولكنا نقول الردة تنافي النكاح واعتراض سبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمية فاما اختلاف الدين عينه لاينافي النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لاينافي النكاح فان النكاح نعمة وبالاسلام تصير النعم محرزة له فلهذا لا تقع الفرقة هناك الا بقضاء القاضي بعد إباء الآخر ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر ان كان لم يدخل بها ونفقة العدة ان كان دخل بها وان كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها ان كان قبل الدخول وليس لها نفقة العدة بعد الدخول والكلام في ان هذه الفرقة بطلاق أو بغير طلاق كما بيناه ﴿ قال ﴾ واذا ارتد الزوجان معاً فهما على نكاحهما استحساناً عندنا وفي القياس تقع الفرقة بينهما وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان في ردتهما ردة أحدهما وزيادة فاذا كانت ردتهما تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء أيضاً ولكنا تركنا القياس لاتفاق الصحابة رضى الله تعالى عنهم فان بني حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكر رضى الله تعالى عنه ولم يأمرهم بتجديد الانكحة بعد التوبة ولا أحد من الصحابة رحمهم الله تعالى سواه ولا يقال لعل الارتداد من بعضهم كان قبل بعض ولم يشتغل بذلك أيضاً لان كل أمرين لا يعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معا وفقه هذا الكلام ان وقوع الفرقة عند ردة أحدهما لظهور خبثه عند المقابلة

Maktaba Tul Ishaat.com

بطيب المسلم فاذا ارتدا معاً لايظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه تقابل الخبث بالخبث والمعني فيه انه لم يختلف لهما دين ولا دار فيبقى ما كان بينهما على ما كان كما اذا أسلم الكافران معاً واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فان العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء ولا فرق لان كل واحد منهما يوجب حرمة المحل ولكنها غير متأبدة فان أسلم أحدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الآن عند المقابلة بطيب الآخر حتى لو كانت المرأة هي التى أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذى أسلم فلا شئ لها لان الفرقة من جانب من أصر على الردة فان اصراره بعد اسلام الاخر كانشاء الردة ﴿قال﴾ وان أسلم النصرانى وامرأته نصرانية ثم تحولت الى اليهودية فهى امرأته كما لو كانت يهودية في الابتداء وان أسلم وهى مجوسية ثم ارتد عن الاسلام بانت منه لان النكاح بعد اسلامه باق مالم يفرق القاضى بينهما ألا ترى أنها لو أسلمت كانا على نكاحهما فتفرده بالردة في حال بقاء النكاح موجب للفرقة وكذلك اذا أسلمت المرأة المجوسية ثم ارتدت بانت منه وكذلك لو ارتد الزوج بانت منه وان لم يرتد الزوج ولم تسلم هى حتى مات الزوج كان لها المهر كاملا دخل بها أولم يدخل بها لان النكاح ينتهى بالموت حين لم يفرق القاضي بينهما فيتقرر به جميع المهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب نكاح أهل الحرب﴾

﴿قال﴾ رضى الله عنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه سئل عن مناكحة أهل الحرب من أهل الكتاب فكره ذلك وبه نأخذ فنقول يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية فى دار الحرب ولكنه يكره لانه اذا تزوجها ثمة ربما يختار المقام فيهم وقال صلى الله عليه وسلم أنا بريء من كل مسلم مع مشرك لا تراآى ناراهما ولان فيه تعريض ولده للرق فربما تحبل منه فتسبي فيصير ما فى بطنها رقيقاً وان كان مسلماً واذا ولدت تخلق الولد باخلاق الكفار وفيه بعض الفتنة فيكره لهذا فان خرج وتركها فى دار الحرب وقعت الفرقة بينهما بتباين الدارين حقيقة وحكما فانها من أهل دار الحرب والزوج من أهل دار الاسلام وتباين الدارين بهذه الصفة موجب للفرقة عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لايكون موجبا للفرقة حتى اذا أسلم أحد الزوجين وخرج الى دارنا فان كانت المرأة هى التى خرجت مراغمة وقعت

Maktaba Tul Ishaat.com

الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج فان خرجت غير مراغمة لزوجها أو خرج الزوج مسلما أو ذميا تقع الفرقة بتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعي رحمه الله تعالى واستدل بحديث أبي سفيان رضي الله عنه فانه أسلم بمر الظهران في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينه وبين امرأته هند ولما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام رضي الله عنهما حتى أسلمت امرأة كل واحد منهما وأخذت الامان لزوجها وذهبت فجاءت بزوجها ولم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينهما وان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت الى المدينة ثم تبعها زوجها أبو العاص بعد سنين فردها عليه بالنكاح الاول والمعني فيه ان اختلاف الدار عبارة عن تباين الولايات وذلك لا يوجب ارتفاع النكاح كاختلاف الولايتين في دار الاسلام الا ترى ان الحربي لو خرج الينا مستأمنا أو المسلم دخل دار الحرب بامان لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته وكذلك الخارج من مصر أهل العدل الى منعة أهل البغي لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وليس في هذه الآية بيان قصد المراغمة فاشتراطه يكون زيادة على النص وقال الله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر والكوافر جمع كافرة معناه لا تمدوا من خلفتموه في دار الحرب من نسائكم ولما أراد عمر رضي الله عنه ان يهاجر الى المدينة نادى بمكة الامن أراد ان تئيم امرأته منه أو تبين فليلتحق بي أي فليصحبني في الهجرة والمعني فيه ان من بقي في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت قال الله تعالى أومن كان ميتا فاحييناه أي كافرا فرزقناه الهدى الا ترى ان المرتد اللاحق بدار الحرب يجعل كالميت حتي يقسم ماله بين ورثته فكما لا تحقق عصمة النكاح بين الحي والميت فكذلك لا تحقق عند تباين الدارين حقيقة وحكما فاما اذا خرج الينا بامان فتباين الدارين لم يوجد حكما لانه من أهل دار الحرب متمكن من الرجوع اليها وكذلك اذا دخل المسلم دار الحرب بامان فهو من أهل دار الاسلام حكما ومنعة أهل البغي من جملة دار الاسلام ومن فيها لا يجعل بمنزلة الميت حكما والدليل عليه انه ما خرج الا قاصدا احراز نفسه من المشركين فلا يعتبر مع ذلك القصد الى المراغمة ولو كان خروجها على سبيل المراغمة لزوجها وقعت الفرقة

Maktaba Tul Ishaat.com

بالاتفاق فاماحديث زينب رضي الله عنهافالصحيح انه ردها عليه بالنكاح الجديد وما روى انه ردهاعليه بالنكاح الأول أي بحرمة النكاح الأول الا ترى انه ردها عليه بعد سنين والعدة تنقضى فى مثل هذه المدة عادة وقد روى ان الكفار تتبعوها وضربوها حتى أسقطت فانقضت عدتها بذلك وعند الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لاتقع الفرقة بتباين الدارين تقع بانقضاء العدة واما اسلام أبي سفيان فالصحيح أنه لم يحسن اسلامه يومئذ وانما أجاره رسول الله صلى الله عليه وسلم بشفاعة عمه العباس رضي الله عنه وعكرمة وحكيم بن حزام انما هربا الى الساحل وكانت من حدود مكة فلم يوجد تباين الدارين وقال الزهري ان دار الاسلام انما تميزت من دار الحرب بعد فتح مكة فلم يوجد تباين الدارين يومئذ فلهذا لم يجدد النكاح بينهما فاما اذا سبي احد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالاتفاق فعندنا لتباين الدارين وعند الشافعي رضي الله عنه للسبي حتى اذا سبيا معالم تقع الفرقة بينهما لقوله تعالى والمحصنات من النساء الآية معناه ذوات الازواج من النساء الا ماملكت أيمانكم فانها محللة لكم وانما نزلت الآية في سبايا أوطاس وقدنادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ الا لاتوطأ الحبالى من الفيء حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وانما سبي أزواجهن معهن والمعنى فيه ان السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي ولهذا لايبقى الدين الذى كان واجباً على المسبي وانما يصفو اذا لم يبق ملك النكاح وهذا لان السبي سبب لملك مايحتمل التملك ومحل النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا للسابي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يمتنع لحق الزوج وهوليس بذى حق محترم ألا ترى أنه تسقط به مالكيته عن نفسه وعن ماله ولهذا قلنا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو لذمي لايبطل النكاح لان ملك النكاح محترم ولا يدخل عليه القصاص أنه لايسقط بالسبي لان المستحق بالقصاص الدم وهو ليس بمحتمل للتملك ولان القصاص لايجب الا لمحترم وحجتنا فى ذلك أن السبي سبب لملك الرقبة مالا فلايكون مبطلا للنكاح كالشراء وهذا لان المملوك فى النكاح ليس بمال فلا يثبت فيه التملك بالسبي مقصوداً لان تملك البضع مقصوداً بسببه يختص بشرائط من الشهود والولى وذلك لايوجد فى السبي فانما يثبت الملك هنا تبعاً لملك الرقبة وذلك لايثبت الاعند فراغ المحل عن حق الغير ونفس السبي ليس بمناف للنكاح ألا ترى أن ملك النكاح لو كان محترما لايبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافى اذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع ولأن السبي لاينافي ابتداء النكاح فلأن

لاينافي البقاء أولى وأما الدين فان كان على عبد فسبي لم يسقط الدين منصوص عليه في المأذون وان كان على حر فسبي فانه يسقط لانه لما صار عبداً والدين لايجب على العبد الا شاغلا مالية رقبته فكذلك لايبقى الا شاغلا للمالية وحين كان واجباً على الحر لم يكن شاغلا لمالية الرقبة اذ لامالية في رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة بعد السبي ألا ترى أنه لو كان الدين لمحترم لايبقى كذلك وبه يبطل قولهم ان السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي فان ملك النكاح اذا كان محترماً بقي النكاح ولا صفاء وكذلك اذا سبي الزوج وقعت الفرقة وهنا الملك له لاعليه فأما الحديث فالمروي أن الرجال هربوا الى حصونهم وانما سبي النساء وحدهن فقد وقعت الفرقة بتباين الدارين والآية دليلنا فان الله تعالى حرم ذوات الازواج فما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص اذا عرفنا هذا فنقول اذا خرج لزوج مسلماً وتركها في دار الحرب حتى وقعت الفرقة بينهما لم يقع عليها طلاقه بعد ذلك لان النكاح قد انقطع لاالى عدة فان بقاءها في دار الحرب كما ينافي أصل النكاح بينها وبين الزوج ينافي العدة فلهذا لا يقع طلاقه عليها وان خرجت المرأة قبل الزوج مسلمة أو ذمية فهما على نكاحهما لان الزوج مسلم من أهل دار الاسلام أيضاً فلم تتباين بهم الدار ﴿قال﴾ حربية كتابية دخلت دار الاسلام بأمان فتزوجت مسلماً أو ذمياً جاز ذلك وصارت ذمية لانها تابعة لزوجها في المقام فتزويجها نفسها ممن هو من أهل دار الاسلام يكون رضى منها بالمقام في دارنا على التأبيد فتصير ذمية وان كانت غير كتابية فان تزوجها ذمي فكذلك الجواب وان تزوجها مسلم لم يجز النكاح وصيرورتها ذمية تكون ضمناً لصحة النكاح ولم يصح النكاح هنا وهذا بخلاف المستأمن في دارنا اذا تزوج ذمية فانه لا يصير ذمياً لان الرجل ليس بتبع للمرأة في المقام ألا ترى أنه لا يصير مقيما باقامة المرأة والمرأة تصير مقيمة باقامة الزوج ومسافرة بسفره فلهذا افترقا ﴿قال﴾ حربي أسلم وتحته خمس نسوة وأسلمن معه فان كان تزوجهن في عقدة واحدة يفرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن في عقود متفرقة فنكاح الاربع الاول جائز ونكاح الخامسة فاسد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجهن في عقدة واحدة اوفي عقود متفرقة يخير فيختار أي أربع منهن شاء ويفارق الخامسة وهو قول الشافعي رحمه الله تعالي وكذلك لو كان تحته اختان فأسلمن معه فان

Maktaba Tul Ishaat.com

تزوجهما فى عقدة واحدة بطل نكاحهما ولوكان تزوجهما فى عقدين جاز نكاح الاولى وبطل نكاح الثانية عندهما وقال محمد والشافعى رحمهما الله تعالى يختار أيتهما شاء و يفارق الأخرى واستدل بحديث غيلان بن سلمة أنه أسلم وتحته ثمان نسوة وأسلمن معه فقال صلى الله عليه وسلم اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن وقيس بن حارثة رضى الله عنه أسلم وتحته عشر نسوة وأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم ان يختار أربعاً منهن والضحاك بن فيروز الديلمى أسلم وتحته اختان فقال صلى الله عليه وسلم اختر أيتهما شئت والمعنى فيه ان هذه حرمة اعترضت فى بعض المنكوحات بعد صحة النكاح فتوجب التخيير دون التفريق كما لو طلق احدى نسائه لا بعينها ثلاثا وبيان ذلك ان الانكحة وقعت صحيحة فى الاصل لان حرمة الجمع بخطاب الشرع وقد بينا ان حكم هذا الخطاب قاصر عنهم لاعتقادهم بخلاف ذلك مالم يسلموا ألا ترى أنه لوماتت واحدة منهن أو بانت ثم أسلم وليس عنده الا أربع منهن جاز نكاحهن سواء ماتت الأولى أو الاخيرة واذا ثبت ان الانكحة صحيحة كان العقد الواحد والعقود المتفرقة فيه سواء بمنزلة الحربى اذا كان تحته أربع نسوة فسبي وسبين معه فان العقد الواحد والعقود المتفرقة فيه سواء بالاتفاق وان اختلفنا فى التفريق أو التخيير وفرق محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير بين أهل الحرب وأهل الذمة فقال لو كانت هذه العقود فيما بين أهل الذمة كان الجواب كما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى لان خطاب الشرع بحكم الشيوع في دار الاسلام يجعل ثابتاً فى حق أهل الذمة وان كنا لا نتعرض لهم مالم يسلموا وقد بينا هذا من أصلهما والشافعى رحمه الله تعالى يسوي بين أهل الحرب وأهل الذمة فاما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين فالجمع بين الاختين نكاحا حرام بهذا النص وبنكاح الأولى ماحصل الجمع فوقع نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وبنكاح الثانية حصل الجمع فلم يكن نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وانما وجب الاعتراض بعد الاسلام بسبب الجمع اذ لا سبب هنا سوى الجمع فتعين الفساد فى نكاح من حصل الجمع بنكاحها وكان نكاحها فاسدا بحكم الاسلام دون من لم يحصل بنكاحها الجمع وكان نكاحها صحيحا بحكم الاسلام وان تزوجهما فى عقدة واحدة فالجمع حصل بهما ولم يكن ابطال نكاح أحداهما بأولى من الاخرى فبطل نكاحهما بمنزلة الحربية تحت رجلين اذا أسلمت وأسلما معها وكذلك فى نكاح الخمس الحرمة بسبب

Maktaba Tul Ishaat.com

الجمع بين ما زاد على الاربع فانما حصل ذلك بنكاح الخامسة فصرف الفساد اليها أولى وان كان تزوجهن في عقد واحد فالجمع حصل بهن جميعا وهذا بخلاف مالو ماتت احداهن أو بانت لان الاعتراض بسبب الجمع بعد الاسلام فلا بد من بقاء الجمع المحرم بعد الاسلام حتى يجب الاعتراض ولم يبق ذلك اذا ماتت احداهما أو بانت وهو نظير مالو تزوج رضيعتين فجاءت امرأة فأرضعتهما بانتا منه ولو أرضعت احداهما فماتت ثم أرضعت الاخرى لم يبطل نكاح الثانية لان الجمع انما يتحقق عند ارضاع الثانية فاذا كانت الاولى فى نكاحه تحقق الجمع بين الاختين وان ماتت أو بانت لم يتحقق الجمع بين الاختين وهذا بخلاف المسبيات فان نكاح الاربع هناك وقع صحيحا بحكم الاسلام على الاطلاق لانه حين تزوجهن كان حرا وللحر أن يتزوج أربع نسوة ثم وجب الاعتراض بسبب الرق الحادث فيه وعند حدوث الرق هن مجتمعات مستويات فلهذا استوى العقد الواحد والعقود المتفرقة بمنزلة الرضيعتين اذا ارضعتهما امرأة بانتا منه وأن تزوجهما في عقدين لان الاعتراض وجب بعد صحة النكاح بالاختية العارضة فيهما وهما مستويان فى ذلك بخلاف ما تقدم على ما بينا والاحاديث التى رويت فقد قال مكحول ان تلك كانت قبل نزول الفرائض معناه قبل نزول حرمة الجمع فوقعت الانكحة صحيحة مطلقا ثم أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باختيار الاربع لتجديد العقد عليهن أو لما كانت الانكحة صحيحة فى الاصل جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك مستثنى من تحريم الجمع ألا ترى أنه قال فى بعض الروايات وطلق سائرهن فهذا دليل على أنه لم يحكم بالفرقة بينه وبين ما زاد على الاربع وعلى هذا لو أسلم وتحته بنت وأم فاسلمتا معه فان كان تزوجهما في عقد واحد بطل نكاحهما ثم ان كان لم يدخل بهما فله أن يتزوج البنت دون الام وان كان دخل بهما لم يكن له أن يتزوج واحدة منهما لان الدخول بكل واحدة منهما يوجب حرمة الاخرى بالمصاهرة على التأبيد وان كان دخل بالام فليس له أن يتزوج واحدة منهما لان الام حرمت بعقد البنت والبنت حرمت بالدخول بالام وإن كان دخل بالبنت دون الام فله أن يتزوج البنت دون الام لان بمجرد العقد على الام لا يوجب حرمة البنت وان كان تزوجهما في عقدين فنكاح الاولى جائز ونكاح الثانية فاسد ان لم يدخل بهما وكذلك ان دخل بالاولى فان كان دخل بالثانية فان كانت الاولى بنتا فسد نكاحهما لان الام حرمت بالعقد على البنت

Maktaba Tul Ishaat.com

والبنت حرمت بالدخول بالام وان كانت الاولى امافنكاح البنت صحيح لان الدخول بالبنت يحرم الام والعقد على الام لايحرم البنت فاما على قول محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجهما فى عقدة أو في عقدتين فنكاح البنت صحيح لان العقد على الام لايوجب حرمة البنت والعقد على البنت يوجب حرمة الام الاان يكون دخل بالام فحينئذ يفرق بينه وبينهما وهذا اذا كان دخوله بالام بعد ماتزوج بالبنت فان كان قبل أن يتزوج البنت فنكاح الام صحيح لان الدخول بها يحرم البنت فاذا لم يصح نكاح البنت لاتحرم الام بذلك الا أن يكون دخل بالبنت أيضاً فحينئذ تقع الفرقة بينه وبينهما بالمصاهرة وليس له أن يتزوج واحدة منهما ﴿ قال ﴾ وان أسلم الحربي وامرأته وقد كان نكاحهما بعد ان طلقها ثلاثا قبل ان تنكح زوجا آخر فرق بينهما لان التطليقات الثلاث تقع فى دار الحرب كما فى دار الاسلام فانهم يعتقدون ذلك وهى سبب حرمة المحل الى وقت إصابة الزوج الثانى بمنزلة الحرمة بالقرابة والرضاع فكما ان ذلك يوجب التفريق بعد الاسلام فكذلك هنا وكذلك لو جامع أمها أو ابنتها أو قبل واحدة منهما بشهوة لان الحرمة بسبب المصاهرة نظير الحرمة بسبب الرضاع وذلك يتحقق فى دارالحرب كما يتحقق فى دار الاسلام فهذا مثله ﴿ قال ﴾ واذا أسلم أحد الزوجين فى دارالحرب ولم يكونا من أهل الكتاب أو كانا والمرأة هى التى أسلمت فانه يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض عندنا سواء دخل بها أو لم يدخل بها وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء العدة وعنده لايختلف هذا الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه ينبني على تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده كما ذكرنا فاماعندنا نفس اسلام أحدهما غير موجب للفرقة ولا كفر من أصر منهما على الكفر ولا اختلاف الدين نفسه كما بينا فى دارالاسلام الاان فى دار الاسلام يمكن تقرير سبب الفرقة بعرض الاسلام على الآخر منهما حتى اذا أبى يصير مفوتا الامساك بالمعروف وفى دار الحرب لايتأتى ذلك لان يد امام المسلمين لاتصل الى المصر منهما ليعرض عليه الاسلام ويحكم بالفرقة عند إبائه فيقام ثلاث حيضات مقام ثلاث عرضات فى تقرر سبب الفرقة لانه صار غير مريد لها حين لم يساعدها على الاسلام وبعد ماصار غير مريد لها تقع الفرقة بانقضاء ثلاث حيض كما لو طلقها الا أن هنالك اذا كان الطلاق قبل الدخول يمكن اثبات الفرقة بنفسه لمباشرة الزوج سبب الفرقة

وهنا

Maktaba Tul Ishaat.com

وهنا لا يمكن اثبات الفرقة قبل الدخول بدون انقضاء ثلاث حيض لان الزوج ماباشر شيئاً بل بل هو مستديم لما كان عليه فلهذا يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض فى الوجهين جميعاً واذا وقعت الفرقة بذلك فان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول والمرأة حربية فكذلك الجواب لان حكم الشرع لا يثبت فى حقها فان كانت المرأة هى المسلمة فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربى وأصل المسئلة فى المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة أو ذمية لم تلزمها العدة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الا أن تكون حاملا فحينئذ لا تتزوج حتى تضع حملها وان كانت حاملا فلها أن تتزوج فى الحال وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تلزمها العدة وحجتهما فى ذلك حديث نسيبة أنها لما هاجرت أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد والمعنى فيه أن هذه حرة فارقت زوجها بعد الاصابة فتلزمها العدة كالمطلقة في دارنا وهذا لان وجوب العدة عليها لحق الشرع كيلا يجتمع ماء رجلين فى رحمها وهي مسلمة مخاطبة بحق الشرع وهذا بخلاف المسبية فانها ليست بحرة وتأثيره أنها حلت للسابي ومن ضرورة الحكم بحلها للسابى الحكم بفراغ رحمها من ماء الزوج بخلاف ما نحن فيه ولا يقال لماذا يجب الاستبراء على السابى لأنا نقول كما يجب الاستبراء على السابى اذا كانت ثيباً أو منكوحة فكذلك اذا كانت بكراً أو لم تكن منكوحة فكذا هذا مع ان هذا دليلنا لان بالاستبراء هناك يحصل المقصود فلا حاجة الى ايجاب العدة عليها بخلاف المهاجرة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن فالله تعالى اباح نكاح المهاجرة مطلقاً فتقييد ذلك بما بعد انقضاء العدة يكون زيادة وقال الله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وفى ايجاب العدة تمسك بعصمة الكافرة والمعنى فيه ان هذه الفرقة وقعت بتباين الدارين فلا توجب العدة عليها كالمسبية هذا لان تباين الدارين حقيقة وحكماً مناف للنكاح فيكون منافيا لأثر النكاح فلا تجب العدة لحق الشرع مع وجود المنافى ولا لحق الزوج لانه حربي غير محترم وهو نظير من اشترى امرأته لا تجب العدة لحقه لان الحل الثابت بالملك حقه ولا تجب لحق الشرع لوجود المنافى فاما اذا كانت حاملا فلا نقول تجب العدة عليها ولكنها لا تتزوج مالم تضع حملها لان في بطنها ولد ثابت النسب من الغير وذلك مانع من النكاح كام الولد اذا حبلت من مولاها ليس له ان يزوجها

Maktaba Tul Ishaat.com

حتي تضع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها اذا تزوجت صح النكاح ولكن لايقربها زوجها حتى تضع لانه لاحرمة لماء الحربي كماء الزاني فهو بمنزلة ماء الزاني والحبل من الزنا لايمنع النكاح عندنا ولكن الاول أصح لان الحبل من الزنا لانسب له وهنا النسب ثابت من الحربي وباعتبار ثبوت النسب المحل مشغول فلهذا لايصح النكاح مالم يفرغ المحل عن حق الغير ويستوى في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج أحدهما مسلماً أوذمياً أو خرج مستأمناً ثم أسلم أو صار ذمياً لانه صار من أهل دارنا حقيقة وحكماً في الفصلين وان كان الخارج هو الزوج فله ان يتزوج أربعاً سواها أو أختها ان كانت في دار الاسلام لانه لاعدة على التي بقيت في دار الحرب عندهم جميعاً فكان هذا بمنزلة الفرقة قبل الدخول واذا أسلمت المرأة ثم خرج الزوج مستأمناً فهما على النكاح مالم تحض ثلاث حيض لان المستأمن وان كان في دارنا صورة فهو من أهل دار الحرب حكما فكأنه باق في دار الحرب حتى اذا أسلم الزوج قبل ان تحيض فهما على النكاح وان صار الزوج من أهل الذمة قبل ان تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح أيضا حتى اذا خرجت المرأة فهي امرأته حتى يعرض السلطان عليه الاسلام بمنزلة مالو كان الزوج في الاصل ذميا وكذلك لو كان الزوج هو الذى أسلم في دار الحرب ثم خرجت اليناذمية قبل أن تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح حتى يعرض السلطان عليها الاسلام فأما اذا خرجا مستأمنين ثم أسلمت المرأة ففي رواية هذا الكتاب يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض لان الزوج من أهل دار الحرب فهو بمنزلة ما لو كان في دار الحرب وفي رواية كتاب الطلاق يقول ان عرض السلطان الاسلام على الزوج فأبى أن يسلم فرق بينهما وان لم يعرض حتى مضى ثلاث حيض تقع الفرقة أيضاً ففي حق الذمي يتعين عرض الاسلام وفي حق الحربي في دار الحرب يتعين انقضاء ثلاث حيض وفي حق المستأمن أى الامرين يوجد تقع به الفرقة لان المستأمن من وجه يشبه الذمى لانه تحت يد الامام يتمكن من عرض الاسلام عليه ومن وجه يشبه الحربي لانه متمكن من الرجوع الى دار الحرب فيوفر حظه على الشبهين فلشبهه بالذمى اذا وجد عرض الاسلام عليه تقع به الفرقة ولشبهه بالحربي اذا وجد انقضاء ثلاث حيض أولا تقع به الفرقة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

Maktaba Tul Ishaat.com

باب الهبة في النكاح

﴿ قال ﴾ رضی الله عنه النكاح بلفظة الهبة والصدقة والتمليك صحيح في قول علمائنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لايصح الا بلفظة النكاح والتزويج واستدل بقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الآية فقد جعل النكاح بلفظة الهبة خالصا للرسول صلوات الله عليه دون غيره من المؤمنين وقال صلى الله عليه وسلم أوصيكم بالنساء خيراً فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله التي أمرنا بالاستحلال بها الا نكاح والتزويج وفى قوله اتخذتموهن بأمانة الله اشارة الا ان هذا العقد غير معقود لمقصود اثبات الملك ولهذا انعقد بلفظة الانكاح والتزويج وهما لايدلان على الملك الا ترى انه لاينعقد بهما شئ من عقود التمليكات ولكن المقصود بالنكاح مالا يحصى من مصالح الدين والدنيا وألفاظ التمليك لاتدل على شئ من ذلك فلا ينعقد بها هذا العقد وهو معنى قولهم هذا عقد خاص فلا ينعقد بغيره الا ترى ان الشهادة لما شرعت بلفظ خاص لمعنى وهو انها موجبة بنفسها كما أشار الله تعالى اليه فى قوله شهد الله انه لااله الا هو لم يقم لفظ آخر مقام هذا اللفظ حتى لو قال الشاهد احلف لايصح أداء الشهادة به والدليل عليه ان التزويج هو التلفيق والنكاح هو الضم وليس فيهما مايدل على الملك وليس فى التمليك معني التلفيق والضم فلا ينعقد هذا اللفظ بالفاظ التمليك وكيف ينعقد النكاح بهذا اللفظ والفرقة تقع به اذا قال لامرأته وهبت نفسك منك كان بمنزلة لفظ الطلاق مع ان النكاح لايصح الا بشهود وعند ذكر لفظ الهبة الشهود لايعرفون انهما أرادا النكاح وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم الآية معناه ان أراد النبي ان يستنكحها فوهبت نفسها منه فقد جعل الله تعالى الهبة جوابا للاستنكاح والاستنكاح طلب النكاح وأما قوله خالصة لك فقد قيل المراد به المرأة يعنى انها خالصة لك فلا تحل لاحد بعدك حتى يكون شريكك في الفراش من حيث الزمان كما قال الله تعالى في آية أخرى وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً والأصح ان المراد هبة خالصة لان قوله ان وهبت يقتضى هبة والكناية تنصرف الى الثابت بمقتضى الكلام فيكون المعنى هبة خالصة لايلزمك مهر لها وهذا لك دون المؤمنين. ألا ترى أنه قال

Maktaba Tul Ishaat.com

قدعلمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم يعني من الابتغاء بالمال والدليل عليه أنه قابل الموهوبة نفسها بالمؤتى مهرها بقوله انا أحللنا لك أزواجك الآية وكذلك قال فى آخر الآية لكي لايكون عليك حرج وهو نص على أن الخصوصية لدفع الحرج عنه وذلك ليس في اللفظ اذ لاحرج عليه فى ذكر لفظ النكاح انما الحرج في ابقاء المهر مع ان المذكور لفظة الهبة فى جانب المرأة لا فى جانب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا ان المراد الخصوصية بجواز نكاحه بغير مهر وإمامنافي المسئلة على رضوان الله عليه فان رجلا وهب ابنته لعبيد الله بن الحر بشهادة شاهدين فأجاز ذلك على رضى الله تعالى عنه والمعنى فيه ان هذا ملك يستباح به الوطء فينعقد بلفظ الهبة والتمليك كملك اليمين وهذا كلام على سبيل الاستدلال لاعلى سبيل المقايسة لان صلاحية اللفظ كناية عن غيره وليس بحكم شرعى ليعرف بالقياس بل طريق معرفة ذلك النظر في كلام أهل اللغة وهذه اشارة الى مذهبهم فى الاستعارة لانهم يستعيرون اللفظ لغيره لاتصال بينهما من حيث السببية كما قال الله تعالى انى أرانى أعصر خمراً أى عنباً بالعصر يصير خمراً ويسمى المطر سماء لانه ينزل من السماء وما يكون من علو فالعرب تسميه سماء وكذلك النبات يسمى سماء لانه ينبت بسبب المطر فانهم يقولون ما زلنا نطأ السماء حتى أتيناكم واذا ثبت هذا فنقول هذه الالفاظ سبب لملك الرقبة وملك الرقبة فى محل ملك المتعة موجب لملك المتعة فللاتصال بينهما سبباً يصلح هذا اللفظ كناية عن ملك المتعة والمقصود من النكاح ملك المتعة دون ما سواه من المقاصد ألا ترى أنه يختص به الزوج حتي يجب البدل عليه وسائر المقاصد يحصل لهما وان ملك الطلاق الرافع لهذا الملك يختص به الزوج فعرفنا أن المقصود هو الملك دون ما توهمه الخصم وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانهما لفظان جعلا علماً لهذا العقد بالنص واعتبار المعنى في غير المنصوص عليه فأما فى المنصوص لايعتبر المعنى مع أنهما لفظان لايجاب ملك ما ليس بمال فلهذا لا تأثيرلهما فى اثبات ملك المال ومتى صار اللفظ كناية عن غيره سقط اعتبار حقيقته وقام مقام اللفظ الذى جعل كناية عنه والشرط سماع الشاهدين اللفظ الذى ينعقد به النكاح فأما وقوفهما على مقصود المتعاقدين ليس بشرط مع أنه اذا قال وهبت ابنتي منك بصداق كذا فالشهود يعلمون أنه أراد النكاح وكما أن الفرقة تحصل بلفظ الهبة تحصل بلفظ الزوجية اذا قال لامرأته تزوجي ونوى به الطلاق يقع ولم يدل ذلك على أنه لاينعقد به

Maktaba Tul Ishaat.com

النكاح فأما لفظ البيع فالصحيح أنه ينعقد به النكاح واليه أشار فى كتاب الحدود قال اذا
زنى بامرأة ثم قال تزوجتها أو اشتريتها وهذا للفقه الذى بينا أن البيع يوجب ملكا هو سبب
لملك المتعة فى محله وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله تعالى يقول لاينعقد النكاح بلفظ البيع
لانه خاص لتمليك مال بمال والمملوك بالنكاح ليس بمال فأما لفظة الاجارة لاينعقد بها
النكاح لانها غير موجبة ملكا يستفاد به ملك المتعة فانها توجب ملك المنفعة وبملك المنفعة
لايستفاد ملك المتعة ويحكى عن الكرخى رحمه الله تعالى أنه كان يقول ينعقد به لان
المستوفى بالنكاح منفعة فى الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض
فى النكاح أجراً بقوله عزوجل فآتوهن أجورهن وذلك دليل على أنه بمنزلة الاجارة ولكن
هذا فاسد فان الاجارة شرعا لا تنعقد الاموقتا والنكاح لا ينعقد الا مؤبداً فبينهما مغايرة
على سبيل المنافاة فأما لفظ الوصية لاينعقد به النكاح لانه لايوجب الملك بنفسه بل موجبه
الخلافة مضافة الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح مضافا الى مابعد الموت لا يصح
أيضاً فان قيل الهبة أيضاً لاتوجب الملك مالم ينضم اليه القبض قلنا الهبة لاتوجب
اضافة الملك ولكن لضعف فى السبب لتعريه عن العوض يتأخر الملك الى أن يتقوي
بالقبض وينعدم ذلك الضعف اذا استعمل فى النكاح لان العوض يجب به بنفسه ولهذا
جاز استعماله فى حق الصغيرة والكبيرة فلهذا كان موجبا ملك النكاح بنفسه مع ان المملوك
بالنكاح بنفس العقد يصير كالمقبوض ولهذا لوماتت عقيب العقد تعذر البدل فكان
هذا بمنزلة هبة عين فى يد الموهوب له فيوجب الملك بنفسه فأما لفظ الاحلال والتمتع
لايوجب ملكا أصلا فأن من أحل لغيره طعاما أو أذن له ان يتمتع به لايملكه وانما يتلفه
على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ فى موضع النكاح لايثبت به الملك واما
الاعارة فكذلك فانه لايوجب ملكا يستفاد به ملك المتعة والاقراض في معنى الاعارة مع
ان الاقراض فى محل ملك المتعة لايصح لان محل ملك المتعة الآدمى والاستقراض فى
الحيوان لايجوز فلهذا لاينعقد النكاح بهذه الالفاظ بخلاف لفظة الهبة والصدقة ولكن
باعتبار هذه الالفاظ تنعقد الشبهة فيسقط به الحد ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل
عند الدخول ﴿ قال ﴾ ولو قال أتزوجك بكذا فقالت قد فعلت فهو بمنزلة قولها قد تزوجتك
لانها أخرجت الكلام مخرج الجواب لخطابه فيصير ماتقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولا

Maktaba Tul Ishaat.com

يحتاج الى ان يقول الزوج قبلت بخلاف البيع على مابيناه فيما سبق وذكر في النوادرانه اذا قال جئتك خاطباً فقالت قد فعلت أو زوجتك نفسي كان نكاحا تاما وفى الكتاب يقول اذا قال خطبتك الى نفسك بكذا فقالت زوجتك نفسي فهو نكاح جائز اذا كان بمحضر من الشهود لان هذا كلام الناس وليس بقياس معناه انه بلفظ الخطبة لا ينعقد النكاح في القياس لان الخطبة غير العقد ولكنه استحسن فقال المراد به فى عادة الناس العقد فلاجل الفرق الظاهر جعلنا ذلك بمنزلة النكاح استحسانا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المهور

﴿ قال ﴾ وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز ولها مهر مثلها من نسائها لا وكس ولا شطط ان دخل بها أو مات عنها وهذا مذهبنا ان مهر المثل يجب للمفوضة بنفس العقد وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى وفى القول الآخر لا يجب المهر بنفس العقد وانما يجب بالتراضى أو بقضاء القاضى حتى اذا مات أحدهما قبل الدخول فلا مهر لها عنده ومشايخهم رحمهم الله تعالى مختلفون فيما اذا دخل بها وأكثرهم على انه يجب المهر بالدخول ومنهم من يقول لا يجب بالدخول أيضاً واحتج بحديث عمر وعلي وابن عمر وزيد رضى الله عنهم أنهم قالوا حسبها الميراث ولا مهر لها والمعنى فيه أنها جادت بحقها وهي من أهل الجود فيصح منها كما لو وهبت شيئاً من مالها وهذا لان المستوفي بالنكاح اما أن يكون في حكم المنفعة كما هو مذهبي أو في حكم العين كما هو مذهبكم فان كان فى حكم العين فبدله بمنزلة أرش الطرف يخلص حقاً لها ويسقط باسقاطها وان كان بمنزلة المنفعة فبدل المنفعة لها والدليل عليه انها يملك الابراء عن المهر والشراء به شيئاً وبهذا الطريق قال بعضهم انه وان دخل بها لا يجب المهر لانها كما رضيت بثبوت الملك عليها بغير عوض فقد رضيت بالاستيفاء من غير عوض وأكثرهم على أن فيما يجب بالاستيفاء معنى حق الشرع ألا ترى أن ما يجب بالاستيفاء من العقوبة وهو حد الزنا يكون خالص حق الشرع فكذلك المال الذى يجب عند الاستيفاء لا يسقط برضاها بالاستيفاء بغير عوض والى هذا أشار الله تعالي فى قوله فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولان المعاوضة فى النكاح بين الزوجين حتى لا ينعقد النكاح الا بذكرهما فأما المهر ليس بعوض أصلى ولكنه زائد وجب لها

Maktaba Tul Ishaat.com

بازاء احتباسها عنده بمنزلة النفقة ومثل هذا يحتمل التعجيل والتأجيل ولكن النكاح كما لا ينعقد الا موجبا لهذا الملك عليها لا ينعقد الا بشرط التعويض فتارة يتعجل العوض بالتسمية وتارة يتأخر الى التأكد بالدخول أو الفرض بالتراضي أو بالقضاء ألا ترى أن ملك اليمين تارة يثبت بعوض واجب بنفس العقد وتارة بشرط التعويض وان لم يكن واجباً بنفس السبب والدليل عليه أن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول وما كان واجباً بنفس العقد يتنصف كالمسمى وحجتنا فى ذلك ماروى أن سائلا سأل ابن مسعود رضى الله تعالى عنه عن هذا فجعل يردده شهراً ثم قال أقول فيه بنفسى فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ فمن ابن أم عبد . وفى رواية فمنى ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان أو معقل بن يسار وأبو الجراح صاحب الاشجعين رضوان الله عليهم فقال نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضيتك هذه فسر ابن مسعود رضي الله تعالى عنه بذلك سروراً لم يسر قط مثله بعد اسلامه لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى روى أن عليا رضي الله تعالى عنه رد هذا الحديث وقال ماذا نصنع بقول اعرابى بوال على عقبيه انما رده لمذهب تفرد به وهو أنه كان يحلف الراوى ولم ير هذا الرجل حتى يحلفه ولسنا نأخذ بذلك والمعنى فيه ان النكاح عقد معاوضة بالمهر فاذا انعقد صحيحاً كان موجباً للعوض كالبيع وكما لو زوج الاب ابنته بغير مهر وبيان الوصف قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم يعنى تبتغوا ملك النكاح على النساء بالمال وحرف الباء يصحب الاعواض فدل أن العوض الاصلى هو المهر والدليل عليه أنه يثبت لها حق المطالبة بالفرض والفرض عبارة عن التقدير والمطالبة بالتقدير تنبنى على وجوب الاصل ففى كل موضع لم يجب الاصل بالعقد لا تثبت المطالبة بالتقدير كما فى ملك اليمين بطريق الهبة فعرفنا أن أصل الوجوب بالعقد شرعا واليه أشار الله تعالى فى قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم أضاف الى نفسه وبين خصوصية النبى صلى الله عليه وسلم بالنكاح بغير مهر فذلك دليل على انه فى غيره لا ينعقد الا موجبا للمهر واليه أشار أبو سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه بقوله لا نكاح الا بمهر وشهود الا ما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم والدليل عليه انها تحبس نفسها لاستيفاء المهر ولا تحبس المبدل الا ببدل واجب

Maktaba Tul Ishaat.com

وان بعد الدخول بها يجب ولا وجه لانكاره لانه منصوص عليه فى القرآن والدخول تصرف في الملك فاذا ثبت الملك بغير عوض لايجب العوض بالتصرف فيه بعد ذلك ولا معنى لما يقول ان الملك يثبت بشرط التعويض لان هذا العقد لاينعقد الا بمعاوضة المال اظهاراً لخطر هذا الملك وهنا اظهار الخطر انما يظهر اذا وجب البدل بنفس الملك فكما ان الملك لايحتمل التأخر عن حالة العقد فكذلك وجوب البدل الا فى حق من قصر عنه حكم هذا الخطاب وهم أهل الذمة كما بينا والطلاق قبل الدخول مسقط لانه رفع للعقد من الاصل فيكون مسقطا للعوض وسقوط العوض عند وجود المسقط لايكون دليلا على أنه لم يكن واجبا بالعقد وتنصف المسمي بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس وكان المعنى فيه أن المسمى تأكد بالتسمية والعقد جميعا فلتأكده لايسقط كله لا بالطلاق ولا بالموت والنفقة ضعيفة من كل وجه لانها لاتجب بالتسمية ولا بنفس العقد وتسقط بالطلاق والموت جميعا ومهر المثل ضعيف من كل وجه لانه غير مسمى في العقد وقوي من وجه لانه واجب بنفس العقد فلقوته من وجه لايسقط بالموت ولضعفه من وجه يسقط كله بالطلاق قبل الدخول اذا عرفنا هذا فنقول نساؤها اللاتى يعتبر مهرها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات عماتها عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى أمها وقوم أمها كالخالات ونحو ذلك لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء ولكنا نقول قيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ألا ترى أن الام قد تكون أمة والبنت تكون قرشية تبعاً لأبيها فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهرها بمهر أمها الا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها لا لانها أمها بل لانها بنت عم أبيها وانما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها فى الحسن والجمال والسن والمال والبكارة لان المهور تختلف باختلاف هذه الاوصاف قال صلى الله عليه وسلم تنكح المرأة لمالها وجمالها الحديث وكذلك يعتبر أن تكون تلك المرأة من بلدتها ولا يعتبر مهرها بمهر عشيرتها فى بلدة أخرى لان المهور تختلف باختلاف البلدان عادة وفى الحاصل مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته قال فان فرض لها الزوج بعد العقد مهراً فرضيت به أو رافعته الى القاضى ففرض لها مهراً فهو سواء ولها ذلك ان دخل بها أو مات عنها وان طلقها قبل أن يدخل

بها

Maktaba Tul Ishaat.com

بها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول لها نصف المهر المفروض بعد العقد وهذا والمسمى في العقد سواء ثم رجع فقال لها المتعة وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان الفرض بعد العقد يقدر بمهر المثل وقد بينا ان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولان تنصف المسمى في العقد بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس والمفروض بعد العقد ليس في معناه لأنه وان استند حكمه الى وقت العقد لا يصير كالمسمى في العقد وعلى هذا لو تزوجها على مهر مسمي ثم زادها في المهر بعد العقد ففي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول تتنصف الزيادة والأصل بالطلاق لان الزيادة بعد العقد مثل المسمى في العقد قال الله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة أي من فريضة بعد الفريضة وفي قوله الآخر لا يتنصف بالطلاق الا المسمى في العقد خاصة لقوله تعالى فنصف ما فرضتم أي سميتم في العقد فاما الزيادة بعد العقد تسقط كلها بالطلاق وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ﴿ قال ﴾ واذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف وقالت المرأة ألفان ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج الا ان يأتي بشيء مستنكر جداً وجه قولهما انهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة كما لو اختلفا في بدل الخلع والعتق بمال ولا معني للمصير الى تحكيم مهر المثل لان وجود مهر المثل عند عدم التسمية وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى وذلك مانع وجوب مهر المثل ولا معنى للتحالف بينهما لان التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ والدليل عليه انه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف ما يقوله الزوج ولا يصار الى تحكيم المتعة فكذا في حال قيام العقد لان المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه الا بتسمية صحيحة فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير الى الموجب الأصلي كالصباغ ورب الثوب اذا اختلفا في الاجر فانه يصار الى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى وهذا بخلاف القصار ورب الثوب اذا اختلفا في الاجر لانه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فانه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم فيشبه البيع من هذا الوجه فاذا وقع الاختلاف في البدل يجب التحالف

Maktaba Tul Ishaat.com

بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال وأما اذا طلقها قبل الدخول يصار الى تحكيم المتعة على ما
نص عليه فى الجامع ووضع المسئلة فيما اذا كان الاختلاف بينهما فى المائة والمائتين فأما
فى كتاب النكاح فانه وضع المسئلة فيما اذا كان الاختلاف في الالف والالفين والمتعة
لاتزيد على خمسمائة فلهذا قال لها نصف ما يقوله الزوج على أنه يجوز أن يصار الى مهر المثل
قبل الطلاق ولا يصار الى المتعة بعد الطلاق كما اذا تزوجها على ألف وكرامة يكون لها نصف
الالف بعد الطلاق ويكون لها كمال مهر المثل قبل الطلاق اذا لم يف بما شرط لها من
الكرامة وفي معنى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الا أن يأتى بشئ مستنكر جداً قولان
لمشايخنا أحدهما أن يدعى ما دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر أقل من عشرة
دراهم والاصح أن مراده أن يدعى شيئاً قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك
المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ فى البيع أيضاً فيما اذا اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة
فالقول قول المشتري الا أن يأتى بشئ مستنكر جداً وليس فى الثمن تقدير شرعا وأما بيان
قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فقد كان الكرخي يقول يتحالفان في الابتداء ثم يحكم
مهر المثل بعد ذلك وكان أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى يقول يحكم مهر المثل أولا
فان كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر يشهد لها وان كان
ألف درهم أو أقل فالقول قول الزوج مع يمينه لان الظاهر يشهد للزوج وان كان مهر مثلها
ألفا وخمسمائة فحينئذ يتحالفان ثم يقضى لها بمقدار مهر مثلها لان المصير الى التحالف اذا لم
يمكن ترجيح قول أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له وذلك فى هذا الموضع والأصح
ماذكره الكرخي رحمه الله تعالى لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وذلك انما يكون
بعد التحالف فان مايدعى كل واحد منهما من المسمى ينتفي بيمين صاحبه فيبقى نكاحا بلا
تسمية فيكون موجبه مهر المثل فعرفنا أنه لابد من المصير الى التحالف فى الابتداء وأصل
النكاح وان كان لايحتمل الفسخ بالتحالف فالتسمية تحتمل الانتفاء فاذا تحالفا نظر الى مهر
مثلها فان كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وان كان ألفا أو أقل فلها الالف لاقرار الزوج به
وان كان ألفا وخمسمائة فلها مهر المثل وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام
البينة وجب قبول بينته لانه نور دعواه بالحجة فان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت
الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وكذلك لو مات أحدهما قبل أن يتفقا ثم وقع الاختلاف

Maktaba Tul Ishaat.com

بين الحي وورثة الميت فهو وورثة الميت على ماذ كرنا لان الوارث يقوم مقام المورث فأما اذا ماتا معا فهنا فصلان (أحدهما) أن يتفق الورثة انه لم يكن فى العقد تسمية (والثانى) أن يختلف الورثة فى المسمى أما فى الاول فانه يقضى لورثتها فى تركة الزوج بمهر المثل فى القياس وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان مهر المثل وجب بنفس العقد كالمسمى فكما لايسقط المسمى بعد موتهما فكذلك مهر المثل ألا ترى ان بعد موت أحدهما لايسقط مهر المثل وورثة الميت يقومون مقامه فى ذلك فكذلك بعد موتهما واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال لا يقضى بشئ واستدل فى الكتاب فقال أرأيت لو ادعي ورثة على رضى الله عنه على ورثة عثمان رضى الله عنه مهر أم كلثوم اكنت تقضى فيه بشئ وهذا اشارة الى انه انما يفوت هذا بعد تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضى الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق اذا لم يكن العهد متقادما يقضى بمهر مثلها والطريق الآخر ان المستحق بالنكاح ثلاثة أشياء المسمى وهو الاقوى والنفقة وهي الاضعف ومهر المثل وهو متوسط على ماقررنا فالمسمى لقوته لايسقط بموتهما وموت أحدهما والنفقة لضعفها تسقط بموتهما وبموت أحدهما ومهر المثل يتردد بين ذلك فيسقط بموتهما ولا يسقط بموت أحدهما لان ماتردد بين أصلين يوفر حظه عليهما ألا ترى أن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط بموت أحدهما فيكون ذلك اتفاقا منهم على أنه يسقط بموتهما فاما اذا وقع الاختلاف فى مقدار المسمى بعد موتهما فعلى قول محمد رحمه الله تعالى يصار الى تحكيم مهر المثل لان من أصله ان مهر المثل لا يسقط بموتهما فيكون هذا كالاختلاف الواقع بين الزوجين وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج الا أن يأتوا بشي مستنكر جداً كما لو وقع الاختلاف فى حياتهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج أيضاً لان مهر المثل عنده لايبقى بعد موتهما فلا يمكن المصير الى التحالف وتحكيم مهر المثل فيبقى ظاهر الدعوى والانكار فيكون القول قول ورثة الزوج الا أن يقوم لورثة المرأة بينة على ماادعوا من المسمي فحينئذ يقضي بذلك ويستوى فى هذا كله ان دخل بها أولم يدخل بها لان ماقبل الدخول انما يفارق مابعد الدخول عند الطلاق أما عند الموت لافرق لان النكاح ينتهي بالموت ﴿ قال ﴾ واذا تزوجها على بيت وخادم فلها من ذلك خادم وسط

وبيت وسط والكلام هنا في فصول أحدها أن تسمية الخادم في النكاح صحيح عندنا وعلى
قول الشافعي رحمه الله تعالى لايصح وكذلك لو تزوجها على عبد مطلق أو على أمة فلها
عبد وسط أو أمة وسط فان اتاها بالعين أجبرت على القبول وان أتاها بالقيمة أجبرت على
القبول وعند الشافعي رحمه الله تعالى لاتصح التسمية لان النكاح عقد معاوضة فيكون قياس
البيع والعبد المطلق لايستحق بعقد البيع عوضا فكذلك بالنكاح وهذا أصل للشافعي رحمه
الله تعالى ان كل مالا يصح مسمى عوضاً في البيع لا يستحق في النكاح لان المقصود بالمسمى
مهرا المالية وبمجرد ذكر الجنس بدون بيان الوصف لا تصير المالية معلومة فلا يصح التزامه
بعقد المعاوضة لبقاء الجهالة والغرر فيه . ألا ترى أنه لو سمى ثوبا أو دابة أو داراً لم تصح
التسمية فكذلك اذا سمى عبداً وحجتنا في ذلك أن المهر انما يستحق عوضاً عما ليس بمال
والحيوان يثبت ديناً في الذمة مطلقاً في مبادلة ماليس بمال . ألا ترى أن الشرع أوجب في
الدية مائة من الابل وأوجب في الجنين غرة عبداً أو أمة فاذا جاز أن يثبت الحيوان مطلقا
دينا في الذمة عوضا عما ليس بمال شرعا فكذلك يثبت شرطاً وهذا لان في معنى المالية هذا
مال ملتزم ابتداء والجهالة المستدركة في التزام المال ابتداء لا تمنع صحته كما في الاقرار فان
من أقر لانسان بعبد صح اقراره الا أن هناك لا ينصرف الى الوسط عند محمد رحمه الله
تعالى لان المقر به عينه ليس بعوض وهنا عين المهر عوض وان كان باعتبار صفة المالية هذا
التزام مبتدأ فلكونه عوضاً صرفناه عند اطلاق التسمية الى الوسط ليعتدل النظر من الجانبين
كما أوجب الشرع في الزكوات الوسط نظراً الى الفقراء وأرباب الاموال وبكونه ما لا يلتزم
ابتداء لا تمنع جهالة الصفة صحة الالتزام ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لان صحة
الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين وللاعتبار بما أوجبه الشرع من الدية فان ذلك
يتردد بين الابل والدراهم والدنانير ومن أصحابنا رحمهم الله تعالي من يقول لو لم تصح التسمية
احتجنا الى ايجاب مهر المثل لان بفساد التسمية لا يبطل النكاح كما لا يبطل بترك التسمية
وكل جهالة في المسمى اذا كانت دون جهالة مهر المثل فذلك لا يمنع صحة التسمية لان
بعض الجهالة يرتفع بهذه التسمية وكل جهالة هي مثل جهالة مهر المثل أو فوق جهالة مهر
المثل تمنع صحة التسمية لانه لا يحصل به شيء من الاعلام فجهالة العبد المسمى جهالة
الصفة دون الجنس فأما جهالة مهر المثل جهالة جنس فصححنا فيه التسمية ليحصل بها التحرز

Maktaba Tul Ishaat.com

عن بعض الجهالة فأما جهالة الثوب فوق جهالة مهر المثل لان اسم الثوب يتناول أجناساً مختلفة من القطن والكتان والابريسم وغير ذلك وكذلك جهالة الدابة لانها تتناول أجناساً مختلفة وكذلك جهالة الدار لانها تختلف باختلاف البلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فكانت تلك الجهالة فوق جهالة مهر المثل فلهذا لم تصح التسمية ووجب المصير الى مهر المثل وبه فارق البيع فانا لولم نصحح التسمية مع جهالة الوصف هناك لا نحتاج الى ايجاب جهالة أخري لانه يفسد البيع ويعود اليه عوضه وهو معلوم فاما اذا سمى في المهر بيتاً فالمراد منه متاع البيت عادة دون البيت المسمى وهذا معروف بالعراق يتزوج على بيت أو بيتين فيريدون متاع البيت مما تجهز به تلك المرأة وينصرف الى الوسط من ذلك لاعتبار معنى المعاوضة على ماقلنا ثم قال أبو حنيفة رضي الله عنه قيمة البيت أربعون درهماً وقيمة الخادم أربعون ديناراً وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو على قدر الغلاء والرخص وليس هذا باختلاف في الحقيقة ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قصر فتواه على ماشاهده في زمانه وهما زادا على ذلك وبينا الفتوى في الاوقات والامكنة كلها والأمر على ماقالا فان القيم تختلف باختلاف الغلاء والرخص ﴿قال﴾ والوسط من الخادم السندي وهذا لان أرفع الخدم الاتراك وأدنى الخدم الهنود فالسندي هو الوسط فيما بين ذلك ولكنه في بلادنا قلما يوجد السندى فالوسط أدنى الاتراك واعلى الهنود ﴿قال﴾ وان كان تزوجها على وصيف أبيض فلها خمسون ديناراً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا أيضاً بناء على ماشاهد في زمانه من التفاوت بين قيمة الوسط والجيد وذلك يختلف باختلاف الغلاء والرخص ولكن في زمانه كان هذا التفاوت بقدر عشرة دنانير فلهذا قدره به وان اعطاها وصيفاً أبيض لايساوى ذلك فهو جائز لانه وفى لها بماشرط واعتبار القيمة عند اختياره اداء القيمة فاما اذا اختار اداء العين فلا معتبر بالقيمة ﴿قال﴾ وان كانا من أهل البادية وقد تزوجها على بيت فلها بيت من شعر من بيوت أهل البادية وان تزوجها على خادم فلها خادم وسط مما يعرف هناك لان المعتبر في التسمية العرف ألا ترى أنه لو اشترى بدراهم مطلقاً ينصرف الى نقد البلد للعرف فهنا في كل موضع يعتبر العرف أيضاً والمتعارف من تسمية البيت مطلقا فيما بين أهل البادية البيت من الشعر وفيما بين أهل الامصار متاع البيت فصرفنا التسمية الي ذلك في كل موضع ﴿قال﴾ وان تزوجها على شئ بعينه ولم تره فليس لها في ذلك خيار الرؤية لان عدم الرؤية

لما لم يمنع ثبوت صفة اللزوم فيما هو المقصود بهذا العقد وهى المنكوحة فكذلك فى عوضه وكان المعنى فيه ان الفائدة فى اثبات خيار الرؤية أن يتمكن به من إعادة العوض الذى خرج منه اليه وهذا فى البيع يحصل لانه ينفسخ بالرد وفى النكاح لايحصل لانه لاينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولكن تجب القيمة والقيمة غير مرئية كالعين فعرفنا أنه لا يستدرك بالرد فائدة وكذلك لاترد الصداق بالعيب الا أن يكون فاحشا عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى كل عيب يرد به فى البيع يرد به فى الصداق وهو بناء على أصل بيننا وبينه ان عنده بالرد بالعيب تبطل التسمية فيجب مهر المثل وعندنا لاتبطل التسمية ولكن تجب قيمة المسمى فان كان العيب يسيراً لاتستدرك بالرد فائدة اذلا فرق بين عين الشىء وبه عيب يسير وبين قيمته واذا كان العيب فاحشاً فتستدرك بالرد فائدة لانها ترجع بقيمته صحيحاً وهذا هو حد الفرق بين اليسير والفاحش ان كل عيب ينقص من المالية مقدار مالا يدخل تحت تقويم المقومين فى الاسواق فهو عيب فاحش واذا كان ينقص بقدر مايدخل بين تقويم المقومين فهو عيب يسير وحجته لاثبات أصله ان الصداق مال مملوك بعقد معاوضة وهو مما ينفصل عن أصل العقد فتبطل التسمية بالرد كالبيع ولكن بطلان التسمية فى النكاح لايبطل النكاح كانعدام التسمية فى الابتداء ولكنا نقول السبب الموجب للمسمى هو العقد فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم العين كما التزم فتجب قيمته كالمغصوب اذا أبق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق قبل التسليم عندنا لاتبطل التسمية ولكن يجب على الزوج مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وعند الشافعى رحمه الله تعالى تبطل التسمية كما يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض فيكون لها مهر مثلها وبعض أصحابه يقول لاتبطل التسمية بالهلاك عندنا ولكن تجب قيمة المسمى لتعذر تسليم العين فأما الرد بالعيب لايكون الا لرفع تلك التسمية فتبطل به التسمية وعلى هذا لو استحق المسمى بعينه لاتبطل التسمية لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا وبالاستحقاق لاتنعدم المالية ولكن يتعذر التسليم فيكون بمنزلة الهلاك فى انه يجب قيمته على الزوج ﴿ قال ﴾ وان كان الزوج أجر الصداق فالاجر له لان الصداق فى يده مضمون بنفسه كالمغصوب والغاصب اذا أجر المغصوب فالاجر له ولكن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث فكذلك الزوج وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه

Maktaba Tul Ishaat.com

الله تعالى الاجر لها بناء على أصله ان المنافع عنده مال والاجر بدل ماهو مال لها فيكون بمنزلة العقر وأرش الطرف وعندنا المنافع ليست بمال متقوم وانما تتقوم بالعقد والعاقد هو الزوج فكان الاجر له لانه بعقده صير ماليس بمتقوم من ملك الغير متقوما فهو كمن صنع كوزاً من تراب غيره وباعه يكون الثمن له ﴿ قال ﴾ فان ولدت أو اكتسبت مالا قبل التسليم فذلك كله للمرأة معها والحاصل أن الزيادة فى الصداق قبل القبض نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة كالسمن في الجارية وانجلاء البياض عن العين والزيادة المنفصلة اما متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وإما غير متولدة من العين كالكسب والغلة وذلك كله يسلم للمرأة اذا دخل بها الزوج أو مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة وأما اذا طلقها قبل الدخول بها فالزيادة المتولدة منفصلة كانت أومتصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانها فى حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض فاما الكسب والغلة لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل يسلم الكل لها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأما فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تتنصف مع الاصل وكذلك لوجاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى يبطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يدور الكسب مع الاصل وكذلك المبيع قبل القبض اذا اكتسب كسبا ثم انفسخ البيع بهلاك المبيع قبل القبض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يسلم الكسب للمشترى وعندهما هو للبائع وحجتهما فى ذلك ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون قياس الولد فكما لا يسلم ذلك لها بعد مابطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل بحكم انفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو غير متولدة فبعد ماانفسخ سبب الملك لها في الاصل لا يبقى سبباً لملك الزيادة لها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول السبب الذى به ملكت الكسب لم ينفسخ فيبقى ملك الكسب لها كما قبل الطلاق وبيان ذلك أن سبب ملك الكسب إما قبول العبد الهبة أو اجارته نفسه او اكتسابه من حيث الاحتطاب والاحتشاش وشيء من هذه الاسباب لاينفسخ بالطلاق وتأثيره أن الاكتساب يوجب الملك للمكتسب ولكن اذا لم يكن

Maktaba Tul Ishaat.com

المكتسب من أهل الملك فمن يخلفه وهو مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب ثم ببطلان ملكه فى الاصل بعد ذلك لا يتبين أنه لم يخلفه فى الملك بذلك السبب وليس الكسب بمنزلة الزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الأصل يسرى اليه ملك الأصل الا ان يكون مملوكا بسبب حادث ألا ترى ان ولد المكاتبة يكون مكاتباً وكسبها لا يكون مكاتباً وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعاً يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسب المبيع لايكون مبيعا فلا يقابله شىء من الثمن وان قبض مع الأصل فظهر الفرق بينهما وكذلك لو قبضت المرأة الأصل مع لزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها يتنصف الأصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة حادثة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت الزيادة فى يدها ثم طلقها قبل الدخول فان كانت الزيادة غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالماً لها وان لزمها رد الاصل أو بعضه كالمبيع اذا اكتسب فى يد المشترى ثم رد الاصل بالعيب يبقى الكسب سالماً له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق فى ضمانها فمنفعته تسلم لها والكسب بدل المنفعة فاما اذا كانت الزيادة متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار يمنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها ولكن للزوج عليها نصف قيمة الاصل أوجميع قيمته يوم دفع اليها وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يتنصف الاصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لايتأكد ملكها مالم يدخل بها بل توهم عود النصف الى الزوج بالطلاق أو الكل اذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسرى ذلك الحق الى الزيادة بمنزلة المشتراة شراءفاسداً اذا قبضها المشترى وازدادت زيادة منفصلة فان البائع يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال فى الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الاصل وعندردتها يسترد منها الاصل مع الزيادة لان الردة تفسخ السبب مع الاصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بسبب فساد البيع وهناك حكم الرد يثبت فى الاصل والزيادة فاما الطلاق حل العقد وليس بفسخ له من الاصل فلا يثبت حق الزوج فى الزيادة التى لم تكن فى ملكه ولا في يده ويتعذر

تنصف

Maktaba Tul Ishaat.com

تنصف الزيادة يتعذر تنصف الاصل ووجه ظاهر الرواية انها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها بالقبض فالزيادة حدثت على ملك تام لها وحكم التنصف عند الطلاق انما يثبت فى المفروض فى العقد والزيادة ما كانت مسماة في العقد لاحقيقة ولا حكما اذا لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهى جزء من العين فيتعذر تنصفها بتعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة فى المبيع تمنع رد الاصل بالعيب اذا كان حادثا بعد القبض وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة فى الموهوب فانه لايمنع الواهب من الرجوع فى الاصل لان الهبة عقد تبرع فاذا رجع في الاصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز ان تسلم الزيادة له أيضاً بغير عوض فاما البيع والنكاح معاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا حكم الرد فى الاصل بقيت الزيادة سالمة بغير عوض وهو جزء من الاصل فلا يجوز أن يسلم الملك بغير عوض بعد رفع عقد المعاوضة بينهما فاذا تعذر تنصيف الاصل وجب عليها نصف القيمة للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر السبب الموجب له وانما دخل الصداق في ضمانها بالقبض فلهذا كان المعتبر القيمة وقت القبض فأما اذا كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل أن يدخل بها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى هذا والزيادة المنفصلة سواء وللزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضت وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يتنصف الاصل بزيادته وحجتهما في ذلك أن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها فى عقود المعاوضات كما فى البيع لو اشترى جارية بعبد وقبض الجارية فازدادت زيادة متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشترى بعيب يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لان الزيادة المتصلة بمنزلة زيادة السعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة السعر فكذلك فى الصداق وهذا بخلاف الموهوبة فان الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لان الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق فى العين حتي تسرى الى الزيادة واذا تعذر الرجوع فى الزيادة تعذر فى الاصل لان الاصل لا ينفصل عن الزيادة فأما قبضها الصداق قبض ضمان وثبوت الضمان لحق الزوج فبه يتبين بقاء حق الزوج في الاصل فيسرى الى الزيادة كما في البيع وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح تام لها

Maktaba Tul Ishaat.com

فيكون سالماً لها بكل حال كالزيادة المنفصلة واذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الاصل لما قال محمد رحمه الله تعالى والدليل عليه أن الصداق فى حكم الصلة من وجه لانها تملكه لا عوضاً عن مال يستحق عليها والزيادة المتصلة فى الصلات تمنع رد الاصل كالموهوب وتأثير الزيادة المتصلة في الصلات أكثر من تأثير الزيادة المنفصلة حتى أن الزيادة المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الاصل فالمتصلة أولى فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة هناك تمنع فسخ العقد من الاصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى كالزيادة المنفصلة ولو كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها الزوج قبل الدخول يتنصف الاصل مع الزيادة لان بالطلاق صار رد نصف الاصل مستحقاً عليها فيسرى ذلك الى الزيادة كالمشترى شراء فاسداً يرد بزيادته المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق فأما حكم النقصان فان تعيب الصداق فى يد الزوج بعيب يسير فلا خيار للمرأة لان العيب اليسير لو كان موجوداً وقت العقد لم يثبت لها الخيار بسببه فكذا اذا حدث بعد العقد قبل القبض وعن زفر رحمه الله تعالى انه يثبت لها الخيار أيضا لانه تغير عليها شرط العقد فانها استحقت الصداق بصفة السلامة وبالتعيب قد تغير ولكن هذا ينبني على قوله في العيب الموجود وقت العقد ان يثبت لها الخيار أيضا اذ لافرق بينهما فاما اذا حدث بالصداق عيب فاحش فى يد الزوج فهو على خمسة أوجه (أحدها) ان يكون العيب بآفة سماوية فيثبت لها الخيار ان شاءت رجعت بقيمة الصداق يوم تزوجها على الزوج وان شاءت أخذت المعيب ولا شئ لها من ضمان النقصان لان الزوج عجز عن تسليم الصداق سليما كما أوجبه العقد فيثبت لها الخيار واذا أرادت رجعت بالقيمة لانه تعذر تسليم العين مع بقاء السبب الموجب له فان اختارت الأخذ فلا شئ لها من ضمان النقصان على الزوج لان الصداق مضمون عليه بالعقد والاوصاف لاتكون مضمونة بالعقد وعن زفر رحمه الله تعالى ان لها ان تضمن الزوج النقصان لان الصداق مضمون في يد الزوج بنفسه كالمغصوب اذا تعيب فى يد الغاصب كان للمغصوب منه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين ولكنا نقول المغصوب مضمون بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض (والثانى) ان يكون التعيب بفعل

Maktaba Tul Ishaat.com

الزوج فيكون لها الخيار للتغير وان اختارت الأخذ ضمنت الزوج النقصان وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه ليس لها حق تضمين النقصان لانه مضمون على الزوج بالعقد فكان بمنزلة المبيع والبائع اذا عيب المبيع قبل القبض لا يلزمه ضمان النقصان للمشترى فهذا مثله ووجه ظاهر الرواية ان الزوج أتلف جزءً من الصداق ولو اتلف الكل ضمن قيمة الكل فكذلك اذا أتلف جزء منه وبه فارق البيع فان البائع هناك لو أتلف الكل لم يضمنه فكذا اذا أتلف الجزء ثم المعنى فيه ان المبيع مضمون بالثمن وفيما هو مضمون به فصلنا بين العيب بفعل البائع وبآفة سماوية حتى أنه اذا تعيب بفعل البائع سقطت حصته من الثمن عن المشترى بخلاف ما اذا تعيب بآفة سماوية فهنا أيضاً يفصل بينهما فيما اذا كان الصداق مضمونا به وهو القيمة وهذا لان الاتلاف من الزوج يتحقق في الاوصاف كما يتحقق في الاصل بخلاف ما اذا تعيب بغير فعله فان الضمان هناك بالعقد والعقد لا يتناول الاوصاف مقصوداً (الثالث) ان يكون التعيب بفعل الصداق بنفسه ففي ظاهر الرواية هذا كالعيب بآفة سماوية لان فعله بنفسه هدر وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان هذا بمنزلة تعييب الزوج لانه مضمون عليه وفعل المضمون كفعل الضامن في استحقاق موجبه عليه كما في المغصوب (الرابع) ان حصل التعيب بفعل الاجنبي يجب عليه ضمان النقصان ويكون ضمان النقصان بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير فاذا اختارت الاخذ رجعت على الجاني بضمان النقصان وان اختارت تضمين الزوج القيمة رجع الزوج على الجاني بضمان النقصان ولو أرادت أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لم يكن لها ذلك لانعدام الصنع من الزوج في التعيب (الخامس) أن يكون التعيب بفعل المرأة فتصير به قابضة للصداق لانها أتلفت جزءً منه فتكون قابضة لذلك الجزء بالاتلاف ولما وراء ذلك بالتخلي ولا خيار لها في ذلك والذى بينا في هذه الفصول فيما اذا دخل بها الزوج أو مات عنها فأما اذا لم يدخل بها فهى في حق النصف اذا طلقها قبل الدخول كما في الكل اذا طلقها بعد الدخول فأما اذا تعيب في يد المرأة بعد ما قبضت الصداق فهو على خمسة أوجه أيضاً أما اذا تعيب بآفة سماوية ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها فهو بالخيار ان شاء ضمنها نصف قيمته يوم قبضت لتعذر رد النصف كما قبضت وان شاء أخذ النصف ناقصا وليس عليها من ضمان النقصان شيء لان الصداق كان مملوكا لها ملكا تاما فتعيبه في يدها

Maktaba Tul Ishaat.com

لا يلزمها شيئاً من ضمان النقصان وكذلك لو كان التعيب بفعل الصداق بنفسه فهو كالتعيب بآفة سماوية لان فعله بنفسه هدر وكذلك لو كان التعيب بفعل المرأة لان فعلها صادف ملكا صحيحاً لها فلا يكون موجباً ضمان النقصان عليها بخلاف فعل الزوج قبل القبض فانه صادف ملكها فيصلح أن يكون موجباً للضمان عليه فأما اذا كان التعيب فى يدها بفعل أجنبي فان الاجنبي ضامن للنقصان وذلك بمنزلة الزيادة المنفصلة المتولدة لانه بدل جزء من عينها فيمنع تنصف الاصل بالطلاق وانما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان كان التعيب بفعل الزوج لان الزوج بمنزلة الاجنبي في جنايته على الصداق بعد التسليم اليها فكان فعله كفعل أجنبي آخر فى ايجاب الارش وذلك يمنع تنصف الصداق بالطلاق وان كان التعيب في يدها بعد الطلاق كان للزوج أن يأخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها فى هذه الحالة بمنزلة المقبوض بحكم شراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان اذا تعيب بآفة سماوية أو بفعله بنفسه أو بفعلها لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان التعيب بفعل الاجنبي فالارش بمنزلة الزيادة المنفصلة وقد بينا حكمه ووقع فى المختصر ان التعيب فى يدها قبل الطلاق وبعده فى الحكم سواء وهو غلط بل الصحيح من الجواب فى كل فصل ما ذكرنا ﴿ قال ﴾ وان كان المهر جارية فلم تقبضها المرأة حتى وطئها الزوج فولدت فادعى ولدها لم يصدق على ذلك لانها مملوكة للمرأة والاستيلاد فى ملكها غير صحيح الا ان الحد سقط عن الزوج لان الصداق مضمون عليه بالعقد بمنزلة المبيع فى يد البائع فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد واذا سقط الحد لزمه العقر فكان العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدل عن ذلك فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فتكون الجارية بينهما ولا تصير ام ولد للزوج لان حق أمومية الولد يثبت لها باعتبار ثبوت نسب الولد ونسب الولد غير ثابت هنا فكذلك لا يثبت لها حق أمومية الولد ولكن نصف الولد يعتق على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه باعتبار الجزئية ويسعى للمرأة في نصف القيمة لان نصيبها احتبس عند الولد ولا يصير الزوج ضامنا لانه ماصنع في الولد شيئا انما صنعه فى الطلاق وذلك ليس بمباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما

Maktaba Tul Ishaat.com

الملك ولكنها ترجع عليه بنصف العقر لان العقر تنصف بينهما فان قتلت الخادم أو ماتت عند المرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله ما لاقى ملك الزوج فانه حين قتلها كانت الخادم ملكا للمرأة فلهذا لم يكن للزوج أن يضمن القاتل شيئاً ﴿ قال ﴾ وان كانت ازدادت فى يدها زيادة متصلة فهلكت ثم طلقها قبل الدخول فانه يرجع عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان استهلكت لانها اتلفت ملك نفسها فلا يلزمها بالاتلاف شئ ولكنها بالقبض تصير ضامنة للزوج نصف قيمتها حين قبضت ﴿ قال ﴾ ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فهلكت فى يدها ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الاصل لان المانع من تنصيف الاصل هو الزيادة فحين مات ولم يخلف بدلا صار كان لم يكن فيتنصف الاصل الا أنه ان كانت الزيادة ولداً وقد نقصتها الولادة ثبت للزوج الخيار للنقصان الحادث فى يدها فى الصداق وان لم تمكن نقصان بسبب الولادة فلا خيار له الا أن تكون المرأة هى التى استهلكت الولد فحينئذ يكون له الخيار بمنزلة الجارية المبيعة اذا ولدت فأتلف المشترى ولدها ثم أراد رد الاصل بالعيب ولو كانت الولادة في يد الزوج فهلك الولد لم يضمن الزوج شيئاً لان الولد حدث بغير صنعه وهلك بغير صنعه بمنزلة ولد المغصوبة ولكن أن تمكن نقصان بسبب الولادة يثبت لها الخيار لاجل النقصان وان كان الزوج هو الذى أتلف الاصل والزيادة ضمن قيمتها للمرأة لان الزيادة امانة فى يده فيضمنها بالاتلاف كالمغصوبة وان طلقها قبل الدخول ضمن لها نصف الاصل والزيادة ﴿ قال ﴾ وان كانت الجارية قائمة عند الزوج فاعتقها الزوج لم يجز عتقه لانه أعتق مالا يملك وكذلك لو طلقها قبل الدخول لم ينفذ ذلك العتق لانه سبق ملكه ولو كانت المرأة هى التي أعتقتها نفذ عتقها في الكل لمصادفته ملكها ثم اذا طلقها الزوج ضمنها نصف قيمتها يوم أعتقتها لانها بالاعتاق تصير قابضة متلفة ﴿ قال ﴾ وان كانت المرأة قبضت الصداق وهو جارية ثم طلقها قبل ان يدخل بها ثم أعتقها الزوج لم ينفذ عتقه فى شئ منها وعند زفر رحمه الله تعالى ينفذ عتقه في نصفها لان من أصله ان حكم التنصيف يثبت بنفس الطلاق ويعود نصفها الى ملك الزوج كما لو كان قبل القبض فينفذ عتقه فى نصيبه ولكنا نقول سبب ملكها فى النصف يفسد بالطلاق حتى يستحق عليها رد النصف ولكن لا يبطل ملكها فى شىء الا بالرد بقضاء أو رضاء

Maktaba Tul Ishaat.com

لان فساد السبب فى الابتداء لايمنع ثبوت الملك بالقبض فلأن لايمنع بقاء الملك أولى فاذا لم يعد شيء من العين الى الزوج لاينفذ عتقه ﴿ قال ﴾ ولو قضى القاضى له بنصفها بعد ذلك لاينفذ ذلك العتق السابق لانه سبق ملكه بمنزلة المشتراة شراء فاسداً وقد قبضها المشترى وأعتقها البائع ثم ردت عليه لم ينفذ العتق وان كان أعتقها بعد ماقضى له القاضى بنصفها أو ردت المرأة عليه النصف بالتراضى نفذ عتقه فيكون حكمه كحكم جارية بين رجلين أعتقها أحدهما ولو كانت هى التى أعتقت الجارية بعد الطلاق نفذ عتقها فى الكل وكذلك إن باعت أو وهبت لان الملك فى الكل باق لها قبل قضاء القاضى واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد تقرر السبب الموجب له فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بالشبهة حتي غرم الواطىء عقرها فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل وكحكم الارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفي بالوطء فى حكم العين دون المنفعة ﴿ قال ﴾ ولا شفعة فى الدار التى تتزوج عليها المرأة وهو مذهب الشافعى رحمه الله تعالى أيضاً لان الشفعة فى الدار لو وجبت انما تجب للجار وهو لا يوجب الشفعة للجار أصلا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى تجب الشفعة ﴿ قال ﴾ ولو تزوجها على شقص من دار لم تجب فيه الشفعة عندنا وعند ابن أبى ليلى والشافعي رحمهما الله تعالى تجب لان النصف ملك بعقد معاوضة فكان كالمملوك بالشراء فتجب فيه الشفعة بقيمة العوض والعوض هو البضع وقيمته مهر المثل وهو كمن اشترى داراً بعبد يأخذها الشفيع بقيمة العبد وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال بمطلق والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة وهذا لان الشفيع انما يتملك بمثل السبب الذي به تملك المشترى فان الشرع قدم الشفيع على المشترى فى أثبات حق الاخذ له بذلك السبب لافي إنشاء سبب آخر ولهذا لا تجب الشفعة فى الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً آخر غير السبب الذي تملك به المتملك فكذلك هنا المرأة انما ملكت الدار بالنكاح صداقا فلو أخذها الشفيع كان شراء فكان سبباً آخر بخلاف ما اذا اشتراها بعبد فان الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لان الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق ﴿قال﴾ واذا تزوجها على دار على أن ترد المرأة عليه ألف درهم لم يجب للشفيع الشفعة فى شيء من الدار فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقسم الدار على الالف

وعلى مهر مثلها فما يخص الالف تجب الشفعة فيه للشفيع لان العقد فيما يخص الالف شراء وفيما يخص البضع نكاح . ألا ترى أنه يثبت فيه حكم الشراء من الرد بالعيب اليسير والفاحش وغيره من أحكام البيع وكذلك حكم الصرف يثبت فيه لو تزوجها على مائة دينار على أن ترد عليه ألف درهم يجب التقابض فى حصة الصرف ويجوز أن تستحق الشفعة فى بعض ماتتناوله الصفقة دون البعض كما لو اشترى داراً وعبداً صفقة واحدة فانه تجب الشفعة فى الدار دون العبد ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان البيع هنا تبع للنكاح لان البيع لم يكن مقصوداً بهذه الصفقة وانما كان المقصود النكاح . ألا ترى أنه تتوقف حصة البيع على قبول المرأة اذا حصل العقد من فضولى والشراء مقصودا لايتوقف وكذلك ينعقد بلفظة الرد ولايحتاج فيه الى القبول حتى اذا قال زوجيني نفسك على هذه الدار على أن تردى علىّ ألفا فمالت فعلت يتم بدون قبول الزوج وانها لو قبلت حصة النكاح دون البيع صح ولو قبلت حصة البيع دون النكاح لم يصح واذا ثبت أن الشراء تبع للنكاح فنقول اذا لم تجب الشفعة باعتبار الأصل لاتجب باعتبار التبع كالعرصة الموقوفة اذا كان عليها بناء لم تجب الشفعة فى ذلك البناء وهذا لان المقصود بالاخذ بالشفعة دفع ضرر الجار الحادث ولا يحصل هذا المقصود اذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل بخلاف الرد بالعيب فانه يثبت باعتبار البيع لان العيب فى الاصل فوات وصف هو تبع وكذلك حكم الصرف يثبت فيما هو تبع كالصفائح من الذهب فى الدار المشتراة بالفضة يثبت فيها حكم الصرف ﴿قال﴾ ولو تزوج امرأة على كذا من الابل أو البقر أوالغنم فلها العدد المسمى من الوسط من ذلك الجنس وان أتى بقيمة ذلك أجبرت على القبول بمنزلة مالو تزوجها على عبد وقد بيناه ﴿قال﴾ والاثواب الهروية وغيرها من أجناس الثياب كذلك وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ان يتزوجها على ثوب هروى بعينه فلها ذلك الثوب ان كان هروياً وان لم يكن هرويا وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لها قيمة ثوب هروى وسط وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لها الخيار ان شاءت أخذت الثوب بعينه وان شاءت طالبت الزوج بقيمة ثوب هروي وسط لان العقد أضيف الى عين ذلك الثوب ولكنها وجدته على خلاف شرطها فلها الخيار كما لو وجدته معيباً ولكنا نقول المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمي دون المشار اليه وهو أصل معروف نقرره فى موضعه ان شاء الله

Maktaba Tul Ishaat.com

تعالى ولو تزوجها على ثوب هروي بغير عينه ولم يبين الصفة فان أتاها بالثوب أجبرت على القبول وان أتاها بالقيمة أجبرت أيضاً بمنزلة العبد المطلق لان الثوب الذي هو غير موصوف لاتثبت عينه فى الذمة ثبوتا صحيحا وانما صحت هذه التسمية باعتبار المالية والثوب فى ذلك وقيمته سواء وان بين صفة هذا الثوب فعلى قول زفر رحمه الله تعالى تجبر على قبول القيمة اذا أتاها بها وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان ذكر الاجل مع ذلك لم تجبر على قبول القيمة وان لم يذكر الاجل أجبرت عليه لان الثياب لاتثبت فى الذمة ثبوتا صحيحاً الا مؤجلا الا ترى انه لايجوز استقراضها ويجوز السلم فيها لان القرض لايكون الا حالاً والسلم لايكون الا مؤجلا فعند ذكر الاجل يثبت الثوب ديناً ثبوتا صحيحاً فلا تجبر على قبول القيمة وعند عدم ذكر الاجل لايثبت ثبوتا صحيحاً وزفر رحمه الله تعالى يقول الثوب يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لان بالمبالغة فى ذكر وصفه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب ديناً فى الذمة فيستوى فى هذا ان ذكر الاجل أو لم يذكر ولكنا نقول لو باع عبداً بثياب موصوفة فى الذمة لايجوز الا مؤجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لاتثبت دينا ثبوتا صحيحا الا مؤجلا ﴿قال﴾ فان تزوجها على مكيل أو موزون فان سمى جنسه وصفته ومقداره لم تجبر على قبول القيمة اذا أتاها بها لان المكيل والموزون يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا حالاً كان أو مؤجلا بدليل جواز استقراضها والسلم فيها فان لم يذكر الصفة ففى ظاهر الرواية اذا أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لانها بتسمية الجنس بدون الصفة لاتثبت فى الذمة ثبوتا صحيحاً وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها لاتجبر على قبول القيمة لان التسمية متى صحت بذكر الجنس تعين الوسط من ذلك الجنس كما فى العبد والثوب الهروى فما تعين من الوصف شرعا يكون كالمذكور نصا فلا تجبر على قبول القيمة ﴿قال﴾ فان تزوجها على دراهم أو شئ من العروض لاتبلغ قيمته عشرة دراهم فانه يكمل لها عشرة دراهم عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لها ما سمى والاصل عنده أن كل ما يصلح ثمناً فى البيع يصلح صداقا فى النكاح وعندنا أدنى المهر عشرة دراهم من الفضة أو مما تكون الفضة فيه غالبة على الغش واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم المهر جائز قليله وكثيره وفى رواية المهر ما تراضى عليه الاهلون وفى رواية من استحل بدرهم فقد استحل وروي أن امرأة

Maktaba Tul Ishaat.com

عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ير فيها رغبة فقال مالى حاجة الى النساء فقالت زوجنى ممن شئت فقام رجل فقال زوجها منى فقال ماذا تصدقها فقال ازارى هذه فقال اذاً قعدت ولا ازار لك التمس ولو بفلس التمس ولو خاتما من حديد فقال لا أجد فقال هل تحسن شيئاً من القرآن فقال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما عندك من القرآن فهذه الآثار تدل على أن المهر لا يتقدر بشئ وكذلك فى الكتاب الشرط هو المال المطلق قال الله تعالى ان تبتغوا بأموالكم فتقييد ذلك المال بالعشرة يكون زيادة على النص وحجتنا فى ذلك حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الأولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفي حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاقطع في أقل من عشرة دراهم ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفى الكتاب قال بلغنا ذلك عن على وابن عمر وعائشة وعامر وابراهيم رضوان الله عليهم أجمعين والمعنى فيه أنه بدل فى عقد لم يجعل ايجاب أصله الى المتعاقدين فيكون مقدراً شرعا كالدية وبيان ذلك أن النكاح لا ينعقد صحيحاً الا موجباً للعوض اما في الحال أو فى الثانى على ما بينا وانما كان اشتراط العوض فيه شرعا لاظهار خطر البضع ولا يحصل هذا المقصود بأصل المالية فاسم المال يتناول الخطير والحقير وانما يحصل اظهار الخطر بمال مقدر واليه أشار الله تعالى في قوله قدعلمنا ما فرضنا عليهم فى أزاجهم والبضع من وجه فى حكم النفوس حتى لا يسقط حكم الفعل فيه بالبدل ولان الوطء سبب لاعلاق النفس واذا كان بغير ملك يضيع لانعدام من ينفق عليه فكان الخطر هنا فى معنى الخطر فى النفوس والمال الذي هو بدل عن النفوس مقدر شرعا وهو الدية وهذا لان كل مال أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة وغيرها فكذا الصداق مما أوجبه الشرع فيكون مقدراً شرعا واليه أشار الله تعالى في قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم الآية معناه ما قدرنا فان الفرض عبارة عن التقدير وعلى هذا نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق لانه يستباح به ما لايستباح بالبدل فكذلك الصداق وتأويل الآثار المروية فيما يعجله لها باليد ألا ترى أنه أمر ذلك الرجل بالالتماس والصداق يمكن اثباته فى الذمة فعرفنا أن المراد ما يعجله لها باليد وذلك غير مقدر شرعا عندنا واذا ثبت هذا فنقول اذا تزوجها على خمسة دراهم فلها عشرة دراهم استحسانا في قول علمائنا الثلاثة ان دخل بها أو مات

Maktaba Tul Ishaat.com

عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها خمسة وفى القياس لها مهر مثلها ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وهو قول زفر رحمه الله تعالى وجه القياس انه سمى مالا يصلح أن يكون صداقا لها شرعا فيكون بمنزلة مالو سمى لها خمراً أوخنزيراً وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن العشرة في كونها صداقا لاتجزى وذكر بعض مالا يتجزى كذكر كله كما لو تزوج نصفها صح النكاح في الكل جميعا (والثانى) أن الامهار الى تمام العشرة حق الشرع وما زاد على ذلك حقها فاذا رضيت بالخمسة فقد أسقطت ماهو حقها وبعض ماهو حق الشرع فيعمل اسقاطها فيما هو حقها وهو الزيادة على العشرة ولا يعمل فى حق الشرع وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوى خمسة فلها الثوب وخمسة دراهم وان طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وانما تعتبر قيمة الثوب يوم تزوجها عليه وكذلك ان سمى لها مكيلاأ و موزونا لان تقدير المهر واعتباره عند العقد ٠ وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفى المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لايثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلهذا يعتبر قيمته وقت القبض ﴿قال﴾ واذا تزوجها على غيرمهر مسمى ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة لقوله تعالى ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء الى قوله ومتعوهن وأدنى المتعة درع وخمار وملحفة هكذا روى عن ابن عباس وعائشة رضى الله تعالى عنهما أن المتعة ثلاثة أثواب لان المرأة تصلى في ثلاثة أثواب وتخرج في ثلاثة أثواب عادة فيكون ذلك متعة لها تذكرة من الزوج اذا فارقها قبل أن يدخل بها وعند الشافعى رحمه الله تعالى المتعة شيء نفيس من ثوب أو خادم أو فرس أو نحو ذلك الا أن يكون مهر مثلها أقل من قيمة المتعة فحينئذ يكون لها نصف مهر مثلها لاينقص من خمسة دراهم عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لها المتعة ولا معتبر بمهر المثل لانه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك ولكنا نقول النكاح الذى فيه تسمية فى حكم الصداق أقوى ممالا تسمية فيه فاذا كان فى العقد الذي فيه التسمية لايجب لها بالطلاق أكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذلك في النكاح الذى لاتسمية فيه وقد كان الواجب قبل الطلاق مهر المثل فلا تزاد المتعة على نصف مهر المثل وان كانا سواء فالواجب هو المتعة لانها فريضة فى كتاب الله تعالى فعند المساواة تترجح المتعة ﴿ قال ﴾ ولو تزوجها على مافى بطن جاريته أو على مافي

Maktaba Tul Ishaat.com

بطن أغنامه لم تصح التسمية لان شرط صحة التسمية كون المسمي مالا ومافى البطن ليس بمال متقوم وهذا بخلاف الخلع فانه لو خالعها على ما فى بطن جاريتها صحت التسمية لان مافى البطن بعرض أن يصير مالا بالانفصال واحد العوضين فى الخلع يحتمل الاضافة وهو الطلاق فالعوض الآخر كذلك يحتمل الاضافة فاذا سمي مافى البطن فكأنه اضاف التسمية الى مابعد الانفصال وفى النكاح أحد العوضين لايحتمل الاضافة فالعوض الآخر كذلك والمسمي فى الحال ليس بمال فكان لها مهر مثلها وكذلك لو تزوجها على ماتحمل نخله أو تخرج أرضه العام أو على ما يكتسب غلامه لان المسمى معدوم وتأثير العدم أبلغ من تأثير الجهالة فاذا كان لايصح تسمية مجهول الجنس كالثوب والدابة فتسمية المعدوم أولى ان لاتصح

﴿قال﴾ ولو تزوجها على عبد بعينه فوجدته حراً فلها مهر مثلها فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول وفى قوله الآخر قيمة ذلك الشخص أن لو كان عبداً وكذلك لو تزوجها على هذه الشاة المذبوحة فاذا هي ميتة أو تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها مثل ذلك الدن من خل وسط أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول سمى لها فى العقد مالا وهو العبد والذكية والخل فصحت التسمية ثم تعذر تسليم المسمى بما ظهر فتجب القيمة فيما ليس من ذوات الامثال والمثل فيما هو من ذوات الامثال كما لو تعذر تسليم المسمى بالهلاك فى يد الزوج وهذا لانه حين ظهر حراً فقد استحق نفسه فيجعل كاستحقاق الغير اياه ولو تزوجها على عبد فاستحق كان لها قيمته فكذلك اذا استحق نفسه بالحرية وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا الأصل ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا فان كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار اليه وان كان من غير جنس المسمي يتعلق العقد بالمسمى الا ترى انه لو اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج كان البيع باطلا لان المشار اليه من غير جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى والمسمى معدوم وبيع المعدوم باطل ولو اشترى فصا على انه ياقوت أحمر فاذا هو ياقوت أصفر جاز البيع لان المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه لان الاشارة أبلغ فى التعريف لانها تقطع الشركة من كل وجه اذا عرفنا هذا فنقول الحر والعبد جنس واحد فان الآدمي باعتبار الأصل حر ثم يعترض الرق فيه والاعتاق اتلاف لذلك الرق العارض

Maktaba Tul Ishaat.com

فلا يوجب تبديل الجنس واختلاف الجنس اماباختلاف الاصل أو الهيئة أو المقصود وذلك لايوجد بين الاحرار والعبيد فاذا اتحد الجنس تعلق العقد بالمشار اليه وهو الحر دون المسمي والمشار اليه ليس بمال فلا يصح تسميته بخلاف عبد الغير فانه مال متقوم وان كان لايقدر على تسليمه وعلى هذه الذكية والميتة فان الجنس واحد فيتعلق العقد بالمشار اليه فاما محمد رحمه الله تعالى فى الخمر والخل قال هما جنسان مختلفان لان المقصود منهما يختلف وكذلك الخل قط لايصير في مثل حال الخمر والخمر اسم لعين حرام والخل اسم لمطعوم حلال فكانا جنسين فيتعلق العقد بالمسمى والمسمي هو الخل فلهذا كان لها مثل ذلك الدن من الخل وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الخل والخمر جنس واحد فان الاصل واحد والهيئة واحدة وهذه أوصاف تعترض على العين فلا توجب تبديل الجنس كالصغر والكبر فى الآدمى فان الحلاوة فى العصير بمنزلة الحلاوة التي تكون فى الصغر ثم الشدة فى الخمر بمنزلة الحدة والقوةالتي تكون فى الشباب ثم الحموضة في الخل بمنزلة حال الشيخوخة فكما ان بتبدل الاحوال لايختلف جنس الآدمى فكذلك بتبدل الاحوال فى العصيرفاذا كان الجنس واحدا تعلق العقد بالمشار اليه والمشار اليه ليس بمال فلهذا كان لها مثلها ﴿قال﴾ فان تزوجها على أمة فولدت عنده ثم مات ولدها فليس على الزوج فى الولد ضمان لأنه لم يصنع فى الولد شيئاً ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيراً كما لو تعيبت فى يد الزوج بعيب يسير سوى نقصان الولادة وان كان النقصان فاحشا فلها الخيار ان شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئاً من النقصان وان شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوى وقد كان الولد جابراً لذلك النقصان فأما اذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام مايجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها فى العيب السماوى بهذه الصفة وان كان الزوج قتل الولد ضمن لها قيمته لانه كان أمانة فى يده فيضمنه بالاتلاف فان كان في قيمته وفاء نقصان الولادة لم يضمن نقصان الولادة لان قيمة الولد قائمة مقام الولد فيكون جابراً للنقصان وان لم يكن فيها وفاء فعليه تمام ذلك به أجاب في الكتاب وهو غلط فقد بين في الابتداء أن الزوج لايضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذلك لايضمن مازاد على قيمة الولد من قدر النقصان ولكنه اذا كان يسيراً فلا خيار لها وان كان فاحشاً فلها الخيار كما بينا ﴿قال﴾ واذا أخذت المرأة

Maktaba Tul Ishaat.com

رهنا بصداقها وقيمته مثل الصداق فهلك عندها فهو كما فيه لان دين الصداق يستوفي كسائر
الديون والرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم الاستيفاء به عند هلاك الرهن قال صلي الله عليه
وسلم الرهن بما فيه فصارت عند هلاك الرهن مستوفية لصداقها بمنزلة مالو استوفت حقيقة
فان طلقها قبل أن يدخل بها ضمنها نصف الصداق كما لو كانت استوفت حقيقة وان كان
هلاك الرهن بعد الطلاق فلا ضمان عليها في ذلك لأن بالطلاق قبل الدخول سقط
نصف الصداق من غير عوض غرمه الزوج ولو سقط الكل بابرائها خرج الرهن من أن
يكون مضمونا في الكل فكذلك اذا سقط النصف فانما يبقى ضمان الرهن بما بقي وعند
هلاكه انما صارت مستوفية لما بقي فلهذا لا تغرم له شيئاً بخلاف الاول فان عند هلاك
الرهن كان جميع الصداق واجباً هناك فصارت مستوفية للكل فلهذا لزمها رد النصف بعد
الطلاق ﴿قال﴾ ولو لم يكن في النكاح تسمية ورهن عندها بمهر المثل رهنا صح الرهن لان
مهر المثل كالمسمى في كونه ديناً واجب الاستيفاء فان هلك الرهن وفي قيمته وفاء بمهر المثل
صارت مستوفية وان طلقها قبل أن يدخل بها فعليها أن ترد ما زاد على قدر المتعة لان قدر
المتعة هنا كنصف المسمي هناك فعليها أن ترد ما زاد على ذلك وان طلقها قبل الدخول بها
والرهن قائم فليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر
وهو القياس وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد رحمه الله تعالى لها أن تحبس
الرهن بالمتعة لوجهين (أحدهما) أن المتعة بمنزلة جزء من أجزاء مهر المثل ألا ترى أن في
النكاح الذي فيه التسمية ما يجب بعد الطلاق جزء مما كان فيه فكذا في النكاح الذي
لا تسمية فيه وهذا لان الطلاق مسقط فلا يصلح أن يكون موجباً فعرفنا أن ما بقي بعض
ما كان واجباً قبل الطلاق والرهن بالدين يكون محبوساً بكل جزء منه (والثاني) أن المتعة
خلف عن مهر المثل لانه يجب عند سقوط مهر المثل بالسبب الذي كان يجب به مهر المثل
وهو النكاح وهذا هو حد الاصل والخلف ثم الرهن بالشئ يكون محبوساً بما هو خلف
عنه كالرهن بالعين المغصوبة يكون محبوساً بقيمتها ووجه قوله الآخر ان المتعة دين حادث سوى
مهر المثل والمحبوس بدين لا يكون محبوساً بدين اخر سواه والدليل على أنه من خلاف جنس
مهر المثل فان المتعة ثياب ومهر المثل من النقود ولان مهر المثل قيمة بضعها والمتعة
تذكرة لها ولا يلتقيان بحال فان مهر المثل يجب في حال قيام النكاح والمتعة تجب بعد

Maktaba Tul Ishaat.com

ارتفاع النكاح والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة فاذا ثبت انهما دينان مختلفان لم يكن الرهن بأحدهما محبوساً بالآخر فاذا هلك الرهن في يدها قبل أن تمنعه لم يكن عليها ضمان ولكنها في قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لا تصير مستوفية فلها أن تطالب الزوج بالمتعة وان منعت الرهن على الزوج بعد مطالبته حتى هلك ففي قوله الاول لاضمان عليها لانها حبسته لحق وفي قوله الآخر هي ضامنة للزوج قيمة المرهون لانها حبسته بغير حق فصارت غاصبة ضامنة ﴿قال﴾ فان تزوجها على غير مهر مسمى ثم فرض لها بعد العقد داراً فلا شفعة للشفيع فيها لان الفرض بعد العقد تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة وان كان سمى في العقد مهرا ثم باعها داره به كان للشفيع فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر ولو طلقها قبل ان يدخل بها كانت الدار سالمة لها لان الشراء لا يبطل بالطلاق ولكنها ترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء ﴿قال﴾ ولو تزوجها على أن يشترى لها هذه الدار ويعطيها اياها مهرا أو قال أتزوجك على هذه الدار على أن أشتريها فاسلمها اليك كان لها ان تأخذه بذلك لانه شرط لها ذلك والوفاء بالشرط واجب فان عجز عن ذلك فعليه قيمة الدار لها وان طلقها قبل الدخول فلها نصف القيمة لان التسمية صحيحة فان المسمى مال وان كان الزوج عاجزاً عن تسليمه وقت العقد لان القدرة على تسليم الصداق لا تشترط لصحة التسمية فان القدرة على التسليم فيما يقابل الصداق ليس بشرط لصحة العقد ولكن شرط صحة العقد فيه صفة الحل فكذا في الصداق شرط صحة التسمية صفة المالية وقد وجد فاذا تحقق عجزه عن تسليم المسمى تلزمه قيمته وهذا بخلاف الكتابة فانه لو كاتب عبده على عبد الغير فانه لا يجوز على الرواية التى تجوز الكتابة على العين لان عقد الكتابة كالبيع من حيث أنه يحتمل الفسخ ولا يصح الا بتسمية البدل فكما أن العجز عن التسليم في البيع يمنع صحة العقد فكذا في الكتابة ﴿قال﴾ وان تزوجها على دار فاستحق نصفها خيرت في النصف الباقي لان التشقيص في الاملاك المجتمعة عيب فاحش فان نصف الدار لا يشترى بنصف ما يشترى به جميع الدار عادة وقد بينا أن مالا يدخل تحت تقويم المقومين فهو عيب فاحش فان شاءت ردت النصف الباقي بالعيب ورجعت بجميع قيمة الدار وان شاءت أمسكت ورجعت بنصف قيمة الدار وان طلقها قبل الدخول

Maktaba Tul Ishaat.com

كان لها النصف الذى فى يدها لان حقها بعد الطلاق فى نصف الدار ونصف الدار سالم لها فلا ترجع بشئ آخر عليه ﴿قال﴾ ولو تزوجها على مهر مسمى ثم زاد فيه جازت الزيادة ان دخل بها أو مات عنها الا على قول زفر رحمه الله تعالى أصله الزيادة في الثمن بعد العقد وهي مسئلة البيوع ودليلنا لجواز الزيادة هنا قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة معناه من فريضة بعد الفريضة ولو طلقها قبل الدخول بها بطلت الزيادة الا فى قول أبي يوسف الاول وقد بيناه ﴿قال﴾ واذا تزوجها على مهر فى السر وسمع فى العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية وهذا على وجهين ان كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدا فى العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية لان تلك المواضعة ما كانت لازمة وجعل ماعقدا عليه فى العلانية بمنزلة الزيادة فى مهرها الا ان يكون أشهد عليها أو على وليها الذى زوجها منه ان المهر هو الذى فى السر والعلانية سمعة فحينئذ المهر ماسمى لها فى السر لانهما في الاشهاد أظهرا أن مرادهما الهزل بالزيادة على مهر السر والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب الا على قول ابن أبي ليلي رحمه الله تعالى فانه يقول كما لا يعمل الهزل فى جانب المنكوحة فكذلك فى جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية فاما اذا تعاقدا في السر بألف وأشهدا انهما يجدد ان العقد بالفين سمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثانى بعد الاول لغو وبالاشهاد علمنا انهما قصدا الهزل بما سميا فيه وان لم يشهدا فى ذلك فالذى أشار اليه في الكتاب ان المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها فى المهر قالوا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الاول لان العقد الثانى لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضاً يلغو وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أصل العقد الثاني وان صار لغواً فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبراً بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر سنا منه هذا ابني فانه لما لغي صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان لغي صريح كلامه فى حكم النسب بقي معتبراً فى حق العتق ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم على ان ردت عليه عبداً فهو جائز لانها بذلت شيئين بازاء الالف البضع والعبد فيقسم الالف على قيمة العبد ومهر مثلها فما أصاب العبد يكون شراء حتى اذا مات العبد قبل التسليم أو وجد الزوج به عيباً فرده بطل ذلك القدر وما أصاب مهر المثل فهو صداق لها حتى اذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف ذلك ﴿قال﴾ وان تزوجها على أبيها وقيمته ألف درهم على أن ردت عليه أمة

Maktaba Tul Ishaat.com

قيمتها الفان جاز ذلك وعتق الاب قبضته أو لم تقبضه لان الأب مقسوم على مهر مثلها وعلى قيمة الأمة فما يخص قيمة الأمة تكون مشترية له بالامة وما يخص مهر المثل يكون صداقاً لها وكلا السببين يوجب الملك بنفسه فاذا ملكت الاب عتق عليها ثم اذا طلقها قبل الدخول فعليها رد نصف مايخص مهر المثل من قيمة أبيها لانها صارت قابضة للاب بالعتق وحصة الصداق منه تتنصف بالطلاق وقد عجزت عن رده فعليها رد نصف قيمة ذلك ﴿قال﴾ واذاتزوجها على ألف درهم على أن ترد عليه ألف درهم فلها مهرمثلها بمنزلة مالولم يسم لهامهراً لان الالف المذكورة بمقابلة الالف المشروطة عليهافان الأموال الربويةمتى قوبلت بجنسها يكون الجنس بمقابلة المثل لان المقابلة باعتبار المالية والمالية مع القدرةلاتتفاوت فاذاصارت الالف بمقابلة الالف بقى النكاح بغير تسمية المهر فلها مهر مثلها ﴿قال﴾ وان تزوجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينارجاز وتقسم الالف على مائة دينار وعلى مهر مثلها فما أصاب الدنانير يكون صرفاً فيشترط فيه التقابض في المجلس وما يخص مهر المثل يكون صداقافاذا طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف وهذا لان المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس المقابلة باعتبار القيمة لان الجودة لها قيمة فى هذه الحالة والدنانير في حكم المقابلة كالعروض ولو تفرقا قبل التقابض بطلت حصة الدنانير من الدراهم لوجود الافتراق قبل القبض في عقد الصرف وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف أقل من عشرة يكمل لها عشرة كما لو تزوجها على ذلك القدر ولو تزوجها على ألف درهم وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ردت عليه عبداً فنقول المرأة بذلت شيئين البضع والعبد والزوج بذل الالف وشرط الطلاق فى ضرتهافيقسم الالف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء صار نصف الالف ثمناً للعبد ونصف الالف صداق لها فاذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل نظر فان كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها الا ذلك وان كان مهر مثلها أكثر من ذلك فان وفي بالشرط بأن طلق امرأته فلانة فليس لها الا الخمسمائة وان أبى أن يطلق لم يجبر على ذلك لانه شرط الطلاق وايقاع الطلاق لا يصح التزامه فى الذمة فلا يلزمه بالشرط شئ ولكن لها كمال مهر مثلها لان لها فى طلاق ضرتها منفعة فانما رضيت بدون مهر مثلها بشرط أن تسلم لها هذه المنفعة فاذا لم تسلم كان لها كمال مهر مثلها ﴿قال﴾ ولو كان تزوجها على ألف درهم

وعلى

Maktaba Tul Ishaat.com

وعلى طلاق فلانة علي أن ردت عليه عبداً فهنا يقع الطلاق بنفس العقد بخلاف الاول لان هناك شرط أن يطلق فما لم يطلق لم يقع وهنا أوجب الطلاق بالعقد عوضاً والعوض يثبت بنفس العقد فلهذا يقع الطلاق هنا والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة بذلت شيئين البضع والعبد والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الاخرين فاذا كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق بمقابلة العبد ثمنا ونصف الالف ونصف الطلاق صداق لها فاذا طلقها قبل الدخول بها كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلة الطلاق نصف العبد ونصف البضع فكان الطلاق بجعل فيكون بائنا وان لم يكن الجعل مشروطا على المطلقة وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لان المجهول اذا ضم الى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة وان استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بحصة خمسمائة حصة العبد لما قلنا وتنصف قيمة العبد أيضاً لان نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق الجعل أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان التزم تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف ﴿قال﴾ ولو تزوجها على ألف درهم وعلى ان يطلق فلانة فأبى أن يطلقها فلها كمال مهر مثلها عندنا لانها انما رضيت بالالف باعتبار منفعة طلاق الضرة فاذا لم يسلم لها ذلك فلها كمال مهر مثلها كما لو تزوجها على ألف وكرامتها أو يهدى اليها هدية وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان شرط لها مع الالف ما هو مال كالهدية والكرامة فكذلك الجواب وان شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها الا الألف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذلك يمنع التسليم اذا شرط لها في العقد فأما الطلاق ونحوه لا يتقوم بالاتلاف فكذا لا يتقوم بمنع التسليم ولكنا نقول لا نوجب الزيادة باعتبار تقوم ما شرط لها ولكن لانعدام رضاها بالالف بدون المنفعة المشروطة ﴿قال﴾ ولو تزوجها على خمر أو خنزير وهما مسلمان كان لها مهر مثلها عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى النكاح فاسد لان تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر بالعقد على المسلم فكان باطلا كما لو باع عبداً بخمر ولكنا نقول هما شرطا قبول الخمر وهو شرط فاسد الا أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وشرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالا فاذا لم يكن بطلت التسمية فكأنه لم يسم لها عوضاً فلهذا كان لها مهر مثلها وهكذا نقول فى البيع أنه يصير كانه لم يسم ثمناً والبيع يفسد عند عدم تسمية الثمن ﴿قال﴾ ولو تزوجها على الف وعلى ارطال

Maktaba Tul Ishaat.com

معلومة من خمر فليس لها سوى الالف لان تسمية الخمر والسكوت عنها سواء كما قلنا وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أنه اذا تزوجها على هذا الدن من الخمر وقيمة الدن عشرة دراهم فلها الدن دون الخمر لان الدن متقوم فيصير كانه سمى لها الخمر مع العشرة وفي رواية أخرى أن لها مهر مثلها لان المقصود بهذه التسمية المظروف دون الظرف والمظروف ليس بمال ﴿قال﴾ ولو تزوجها على هذا الخمر فاذا هو خل أو على هذا الحر فاذا هو عبد ففي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لها المشار اليه وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن لها مهر مثلها لانه صرح بتسمية ماليس بمال والاصح رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى لما بينا فيما سبق ان عنده اذا كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمشار اليه والمشار اليه مال متقوم ﴿قال﴾ ولو تزوجها على ألف درهم ان لم يكن له امرأة وعلى ألفي درهم ان كانت له امرأة أو على ألف درهم ان لم يخرجها من الكوفة وعلى ألفين أن أخرجها أو قدم شرط الالفين في الفصلين فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى المذكور أولا صحيح في الوجهين والثاني فاسد حتى اذا طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المذكور أولا وان دخل بها فان وفى بالشرط فلها الالف وان لم يوف لها بالشرط فلها مهر مثلها لايجاوز بها ألفي درهم لانها رضيت بالالف باعتبار منفعة مشروطة فاذا لم تنل ذلك كان لها مهر مثلها ولكنها رضيت بالالفين بيقين فلهذا لايجاوز به ألفين وانما جوز الشرط الاول دون الثاني لان موجب العقد مع بقائه قد تم بذكر الشرط الاول واستقر بذلك فبذكر الشرط الثاني قصد تغير موجب العقد مع بقائه فلا يكون ذلك صحيحا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الشرطان جائزان على ما اشترطا وعند زفر رحمه الله تعالى الشرطان فاسدان فيكون لها مهر مثلها لاينقص عن الالف ولايزاد عن الالفين وأصل المسئلة في كتاب الاجارات اذا دفع الى خياط ثوباً وقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلك نصف درهم وسنبينها ثمة مع نظائرها ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ وان تزوجها على ألف وكرامتها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول واشتراط الزيادة المجهولة انما كان معتبراً في حال قيام العقد لايجاب مهر المثل بقوله وقد سقط مهر المثل بالطلاق فكان لها نصف الالف كما لو لم يشترط تلك الزيادة أصلا ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم أو ألفين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحكم مهر المثل فان كان مهر مثلها ألفاً أو أقل فلها الالف وان

Maktaba Tul Ishaat.com

كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وان كان أكثر من ألف وأقل من ألفين فلها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها الالف في الوجوه كلها وحجتهما ذلك أن تسمية المال في النكاح منفصل عن العقد بدليل أنه لايتوقف العقد على ذكره فكان ذلك بمنزلة التزام المال من غير عقد فانما يجب القدر المتيقن به كمن أقر لانسان بألف أو ألفين ولان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه والتخيير بين الالف والالفين فيه لا يمنع صحة العقد فكان قياس الطلاق بمال والعتق بمال وهناك اذا سمى الالف أو الالفين يجب القدر المتيقن به ولا وجه الى الرجوع الى مهر المثل لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وبالتخيير لا تنعدم التسمية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد يستحق فيه التسليم والتسلم فالتخيير فى المسمى فيه بين الاقل والاكثر يمنع صحة التسمية كالبيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لايحتاج فيه الى التسليم والتسلم الا أن فى البيع انعدام التسمية يمنع صحة البيع فكذا جهالة المسمى بخلاف النكاح وهذا لان هذه الجهالة كجهالة مهر المثل أو أقوي منها فانه متردد بين أجناس مختلفة تارة وبين المقادير المختلفة تارة ومثل هذه الجهالة يمنع صحة التسمية فاذا لم تصح التسمية يصار الى الموجب الاصلي وهو مهر المثل وبه فارق الطلاق والعتاق لانه لا موجب لذلك العقد فى الاصل حتى لا يجب شئ عند عدم ذكر البدل فلهذا أوجبنا الاقل وبخلاف الاقرار لان المال المقر به ليس بعوض فلو عينا الاقل لا يكون فيه بخس لحق المقر له وهنا الصداق عوض عما يستحق عليها وفى تعيين الاقل بخس لحقها والنظر واجب من الجانبين فحكمنا مهر المثل لهذا ﴿قال﴾ وكذا اذا تزوجها على هذا العبد الحبشي أو على هذا العبد الابيض فهو على ما بينا من تحكيم مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي ووجوب الاوكس لها عندهما الا أن يعطي الزوج الافضل فحينئذ يجوز ذلك لانه تبرع عليها وهذا عندهما بمنزلة مالو قال على أن أعطيك أيهما شئت ولو صرح بهذا كان له أن يعطيها أيهما شاء ان شرط المشيئة لنفسه وكان لها أن تأخذ أيهما شاءت ان شرط المشيئة لها ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول باشتراط الخيار لاحدهما تنعدم المنازعة بينها ويستبد من له الخيار بالتعيين فلهذا صحت التسمية وعند عدم شرط الخيار تتحقق المنازعة وليس الرجوع الى قول أحدهما بأولى من الآخر فكانت التسمية فاسدة كما في البيع اذا باع أحد العبدين لايجوز ولو سمى لكل

واحد منهما ثمنا وشرط الخيار فيه لاحدهما جاز ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس وفي الفصل الاول لها نصف الألف لان الزيادة على ذلك كانت باعتبار مهر المثل وقد سقط مهر المثل بالطلاق فلهذا كان لها نصف الاول ﴿قال﴾ وان تزوجها على حكمه أو على حكمها أو على حكم رجل أجنبي فهذه التسمية فاسدة للجهالة وهذه الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا أنه أضاف الحكم الى نفسه فان حكم لها بمهر المثل أو أكثر جاز حكمه لانه يحكم بالزيادة على نفسه وله هذه الولاية وان حكم بأقل من مهر مثلها لم يجز بدون رضاها لانه حكم عليها باسقاط بعض حقها وليس له هذه الولاية عليها وان أضاف الحكم اليها فان حكمت بمهر المثل أو أقل فلها ذلك لانها تحكم على نفسها وان حكمت بأكثر من مهر مثلها لم يجز حكمها بدون رضا الزوج لانها تحكم على الزوج بالزيادة وليس لها عليه هذه الولاية وان أضاف الحكم الى الاجنبي فان حكم بمهر المثل جاز ذلك وان حكم بأقل من مهر المثل لم يجز بدون رضاها وان حكم بأكثر من مهر المثل لم يجز بدون رضا الزوج ﴿قال﴾ ولا يجب المهر على من قبل النكاح لغيره بوكالة أو ولاية على صغيره أو على عبده أو على مكاتبه مالم يضمنه ولها المهر على الزوج لحديث علي رضى الله عنه الصداق على من أخذ الساق ولان تسليم المعقود عليه الى الزوج فوجب البدل عليه أيضاً والعاقد معبر عنه حتى لا يستغنى عن اضافة العقد اليه فلا يكون ملتزما للبدل الا ان يضمنه فيؤاخذ بالضمان حينئذ ﴿قال﴾ واذا تزوج الحربي الحربية من غير مهر أو على ميتة ثم أسلما فلا مهر لها اما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر كما في الذميين على مابينا وعندهما في الذميين انما يجب المهر لان الخطاب بالابتغاء بالمال شائع في دار الاسلام وأهل الذمة ملتزمون لاحكامنا في المعاملات فاما في دار الحرب الخطاب به غير شائع وهم غير ملتزمين لاحكامنا فلهذا لاشئ لها واذا أسلما بعد ذلك فالحال حال بقاء النكاح والصداق ليس بشرط في حال بقاء النكاح ﴿قال﴾ ولو تزوجها على مهر مسمى ثم أسلما أو صارا ذمة فلها ذلك المسمي لانه صار ديناً لها عليه بالتسمية في عقد صحيح فلا يزيده الاسلام الا وكادة وان طلقها قبل ان يدخل بها ثم أسلما فلها ان تأخذه بنصف المسمى لان الطلاق قبل الدخول لا يسقط عنه الا النصف فيبقى مطالباً بما زاد على ذلك ولو لم يكن سمى لها شيئاً فلا متعة لها عليه لان في حال قيام النكاح ما كان لها عليه شئ وان أسلما فبعد الطلاق أولى ﴿قال﴾ رجل تزوج امرأتين على ألف درهم فالالف بينهما على قدر

Maktaba Tul Ishaat.com

مهر كل واحدة منهما لان المال الواحد اذا قوبل بشيئين مختلفين بعقد المعاوضة ينقسم على مقدار قيمتهما كما لو اشترى عبدين بألف درهم وقيمة البضع مهر المثل فان طلق احداهما قبل الدخول كان لها نصف حصتها من الالف فان طلقهما كان لهما نصف الالف بينهما على قدر مهريهما فان كانت احداهما ممن لا يحل له بان كانت ذات زوج أو معتدة من زوج أو محرمة عليه برضاع أو صهرية فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الالف كلها مهر التي تحل له وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقسم الالف على قدر مهريهما فمهر التي تحل له حصتها من ذلك وحجتهما ان الالف مسمى بمقابلة البضعين وانما التزمها الزوج عند سلامة البضعين له فاذا لم يسلم له الا احدهما لا يلزمه الا حصتها من الالف كما لو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت احداهما دون الاخرى وكما لو اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر والدليل عليه أن الانقسام جعل معتبراً فى حق التى لا تحل له حتى لو دخل بها يلزمه مهر مثلها لا يجاوز به حصتها من الالف عليه نص في الزيادات وادعى المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله تعالى بهذا وكذلك يدخل فى العقد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لا يلزمه الحد بوطئها مع العلم ومن ضرورة دخولها في العقد انقسام البدل المسمى وعندهما انما يجب الحد لانتفاء شبهة الحل فان العقد لا ينعقد في غير محل الحل وسقوط الحد من حكم انعقاد العقد فأما الانقسام من حكم التسمية لا من حكم انعقاد العقد كما لو أجابته احدى المرأتين دون الاخرى واحتج أبو حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك وقال ضم التى لا تحل له الى التى تحل له فى عقد النكاح لغو فهو بمنزلة ضم جدار أو اسطوانة الى المرأة فى النكاح وهناك البدل المسمى كله بمقابلتها دون ماضمه اليها فكذا هنا وبيان ذلك أن النكاح يختص بمحل الحل لان موجبه ملك الحل وبين الحل والحرمة فى المحل منافاة ففي حق المحرمة العقد مضاف الى غير محله وانقسام البدل من حكم المعاوضة والمساواة فى الدخول فى العقد فاذا انعدم ذلك لا يثبت الانقسام ألا ترى أنه لو طلق امرأته ثلاثا بالف درهم كان بازاء كل تطليقة ثلث الالف ولو كانت عنده بتطليقة واحدة فطلقها ثلاثا بألف درهم كانت الالف كلها بمقابلة الواحدة وهذا بخلاف ما اذا خاطبهما بالنكاح لانهما استويا فى الايجاب حتى لو أجابتاه صح نكاحهما جميعا فيثبت حكم انقسام البدل بالمساواة فى الايجاب وكذلك المدبر مع العبد فانه مال مملوك فيدخل تحت العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فأما اذا دخل

Maktaba Tul Ishaat.com

بالتى لا تحل له فى هذا الكتاب يقول لها مهر مثلها مطلقا وهو الاصح على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وما ذكر فى الزيادات فهو قولهما وبعد التسليم يقول المنع من المجاوزة بمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لانعقاد العقد وذلك موجود فى حق التى لاتحل له فاما الانقسام للاستحقاق باعتبار الدخول فى العقد فالتى تحل له هى المختصة بذلك فكان جميع البدل لها وكذلك سقوط الحد على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى من حكم صورة العقد لامن حكم انعقاده وقد وجد ذلك فى حق التى لاتحل له فاما انقسام البدل من حكم انعقاد العقد

﴿ قال ﴾ رجل تزوج امرأة على عبد ودفعه اليها ثم طلقها قبل الدخول وقد جنى العبد عندها جناية فالزوج بالخيار لان تعلق الجناية برقبته من أفحش العيوب فانه شبيه باستحقاق نفسه وذلك مثبت الخيار للزوج فان أخذ نصفه دفعاه أو فدياه لانه لايتملكه ابتداء بالطلاق ولكن يعود اليه هذا النصف الى قديم ملكه ولم يوجد من المرأة صنع يكون اختياراً أو استهلاكا فلهذا تبقى الجناية متعلقة برقبته فيخاطب كل واحد منهما بدفع النصف أو الفداء بنصف الدية ثم لا يرجع عليها من قبل الجناية بشئ لانه رضى بأخذ النصف مشغولا بالجناية وقد وصل اليه ذلك وان شاء تركه واخذ منها نصف قيمته يوم دفعه اليها لانه تعذر عليها الرد كما قبضت وكذلك ان كانت الجناية فى يد الزوج قبل القبض ثم طلقها قبل أن يدخل بها كان لها الخيار بين أن تأخذ نصف قيمته يوم تزوجها عليه وبين أخذ نصفه ثم يخاطبان بالدفع أو الفداء كما بينا وان دخل بها الزوج والعبد فى يده فان شاءت أخذت قيمته صحيحاً يوم تزوجها عليه وان شاءت أخذت العبد ثم تخاطب بالدفع أو الفداء ولا ترجع على الزوج بشئ لما قلنا والله أعلم بالصواب

باب الخيار فى النكاح

﴿ قال ﴾ واذا تزوج الرجل امرأة واشترط فيه لاحدهما أو لهما خيار فالنكاح جائز والخيار باطل عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى النكاح باطل فمنهم من جعل هذا بناء على مسئلة نكاح المكره فان اشتراط الخيار يعدم الرضا كالاكراه ومن أصلنا ان انعدام الرضا بسبب الاكراه لايمنع صحة النكاح ولزومه وعنده يمنع فكذلك اشتراط الخيار ولكن هذا البناء على أصله غير صحيح فان الاكراه عنده يفسد العقد والعبارة وخيار الشرط لايفسد ولهذا لم يصحح الطلاق

Maktaba Tul Ishaat.com

والعتاق من المكره وصححهما مع اشتراط الخيار وحجته في المسئلة ان اشتراط الخيار في معنى التوقيت الا ترى ان ما يثبت فيه الخيار وهو البيع يتأخر حكم العقد وهو الملك الى ما بعد مضي المدة ويصير العقد في حق ملكه كالمضاف فكذلك هنا باشتراط الخيار يصير النكاح مضافا واضافة النكاح الى وقت في المستقبل لا يجوز والتوقيت في النكاح يمنع صحة النكاح كما لو تزوجها شهراً وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهزل واشتراط الخيار سواء لان الهازل قاصد الى مباشرة السبب غير راض بحكمه بل أولى فان الهازل غير راض بالحكم أبداً وشارط الخيار غير راض بالحكم في وقت مخصوص فاذا لم يمنع الهزل تمامه فاشتراط الخيار أولى والمعنى فيه انه عقد لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولا يقبل خيار الشرط فاشتراط الخيار فيه لا يمنع تمامه كالطلاق والعتاق بمال وهذا لان اشتراط الخيار لا يمنع انعقاد أصل السبب مطلقاً وانما يعدم الرضا بلزومه كما في البيع ومن ضرورة انعقاد النكاح صحيحاً اللزوم فاشتراط الخيار فيه يكون شرطاً فاسداً و النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا تتوقف صحته ولزومه على تمام الرضا الا ترى ان تمام الرضا انما يكون بعد الرؤية كما في البيع ثم عدم الرؤية لا يمنع صحة النكاح ولزومه حتى لا يثبت فيه خيار الرؤية بخلاف الاضافة الى وقت فانه يمنع انعقاد السبب في الحال ألا ترى أن مثله لا يصح في البيع بخلاف التوقيت فانه يمنع انعقاد السبب فيما وراء الوقت المنصوص عليه والنكاح لا يحتمل الانعقاد في وقت دون وقت فلهذا بطل بالتوقيت

﴿ قال ﴾ ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وان فحش عندنا ولكنه بالخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وعند الشافعي رحمه الله تعالى يثبت له حق الرد بالعيوب الخمسة وهي الرتق والقرن والجنون والجذام والبرص فاذا ردها انفسخ العقد ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها قبل العلم بالعيب فلها مهر مثلها ويرجع به على من زوجها منه وحجته في ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني بياضة فلما خلا بها وجد في كشحها بياضاً فردها وقال دلستم علي والرد متى ذكر عقيب العيب يكون بطريق الفسخ وقال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد وعن عمر رضي الله عنه أنه أثبت الخيار للزوج بهذه العيوب والمعنى فيه أن النكاح عقد معاوضة يحتمل الفسخ بأسباب فيثبت فيه حق الرد بعيب يخل بالمقصود كالبيع والمقصود بالنكاح طبعاً قضاء الشهوة

Maktaba Tul Ishaat.com

وشرعا النسل وهذه العيوب تخل بهذا المقصود أما الرتق والقرن يفوته أصلا وأما الجنون والجذام والبرص يخل به من حيث أن الطبع ينفر من صحبة مثلها وربما تعدى الى الولد بخلاف سائر العيوب من العمى والشلل فانه لا يخل بالمقصود واحد العوضين فى هذا العقد وهو المهر عندكم يرد بالعيب الفاحش دون اليسير فكذلك العوض الآخر وكذلك المرأة اذا وجدت زوجها عنينا أو مجبوبا يثبت لها الخيار ولا يثبت في سائر العيوب فكذا في حق الزوج لانهما في حكم هذا العقد سواء واذا كان العيب الذى يخل بالمقصود في جانب الزوج يثبت له الخيار دون الذى لايخل بالمقصود فكذلك فى جانبها والزوج وان كان متمكنا من الطلاق فهو محتاج الى اثبات الخيار له ليسقط به المهر عن نفسه كما قالم في الصغير اذا بلغ وقد زوجه عمه يثبت له الخيار وان كان متمكنا من الطلاق وحجتنا فى ذلك قول ابن مسعود رضى الله عنه لا ترد الحرة عن عيب وعن على رضى الله عنه قال اذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء أمسك وما روى عن عمر رضى الله عنه أنه أثبت الخيار فالمراد خيار الطلاق وكذلك ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه ردها أى ردها بالطلاق ألا ترى أنه قال الحقى بأهلك وهذا من كنايات الطلاق والذي قال فر من المجذوم فرارك من الاسد قلنا نحن نمكنه من الفرار ولكن بالطلاق والمعنى فيه ان الرد بالعيب فسخ العقد بعد تمامه بلا خلل فى ولاية المحل والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ ألا ترى أنه لا يحتمل الفسخ بالاقالة وهذا لان ملك النكاح ملك ضرورى لا يظهر فى حق النقل الى الغير ولا فى حق الانتقال الى الورثة وانما أظهره الشرع في حق الطلاق للتفصى عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق وهذا لا يقتضي ظهوره فى حق الفسخ بعد تمامه لانه لا ضرورة فيه فكان فى هذا الفسخ بمنزلة الاسقاطات كالطلاق والعتاق بخلاف الفسخ بعدم الكفاءة أو بخيار البلوغ فانه فسخ قبل تمامه لخلل فى ولاية المحل فيكون فى معنى الامتناع من تمامه وكذلك الفسخ بخيار العتق فانه امتناع من التزام زيادة الملك على مانبينه في موضعه ان شاء الله تعالى ولان هذه العيوب لا تخل بموجب العقد وهو الحل فلا يثبت خيار الفسخ كالعمى والشلل والزمانة فاما الاستيفاء ثمرة وفوات الثمرة لا يؤثر فى عقد النكاح الا ترى ان الاستيفاء يفوت بموت أحد الزوجين ولا يوجب ذلك انفساخ النكاح حتى لا يسقط شئ من المهر وعيب الجنون والجذام فيما هو المقصود دون الموت

لان

Maktaba Tul Ishaat.com

لان الاستيفاء هنا يتأتى ومقصود النسل يحصل وبه فارق البيع فان هناك فوات التسليم قبل القبض يوجب انفساخ البيع فكذلك وجود العيب وكذلك أيضاً هلاك المهر قبل التسليم يثبت الرجوع بقيمته فوجود العيب الفاحش به كذلك بخلاف المنكوحة ولان وجود العيب تأثيره في انعدام تمام الرضا به والنكاح لزومه لايعتمد تمام الرضا كما بينا في الهزل وعدم الرؤية بخلاف البيع وهذا بخلاف ماذا وجدت المرأة زوجها مجبوباً أوعنينا لان هناك لا يثبت لها خيار الفسخ عندنا وانما يثبت لها حق المطالبة بالامساك بالمعروف وذلك في ان يوفيها حقها في الجماع فاذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق وعندنا هنا له أن يطلقها ثم المعني فيه ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل المقصود لانها لاتتوصل الى ذلك من جهة غيره مادامت تحته وهو غير محتاج اليها فلولم يثبت لها الخيار بقيت معلقة لاذات بعل ولامطلقة فأثبتنا لها الخيار لازالة ظلم التعليق وهذا لايوجد في جانبه لانه متمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها اما بملك اليمين أو بملك النكاح ومتمكن من التخلص منها بالطلاق ولامعتبر بحاجته الى التخلص من المهر كما لو ماتت قبل الدخول لاينفسخ العقد مع قيام حاجته الى التخلص من المهر يوضح الفرق ان الزوج لو منع حقها في الجماع قصدا الى الاضرار بها بالايلاء كان موجبا للفرقة فكذلك اذا تعذر عليه ايفاء حقها بالجب والعنة والمرأة لو منعت حقه على قصد الاضرار لم يكن له به الخيار بذلك السبب فكذلك اذا تعذر عليه الاستيفاء بالرتق أو القرن فأما المرأة اذا وجدت بالزوج عيب الجنون أو الجذام أو البرص فليس لها أن ترده به في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعلى قول محمد لها الخيار اذا كان على حال لاتطيق المقام معه لانه تعذر عليها الوصول الى حقها المعني فيه فكان بمنزلة مالو وجدته مجبوبا أو عنيناً ولكنا نقول بهذه العيوب لاينسد عليها باب استيفاء المقصود انما تقل رغبتها فيه أو تتأذى بالصحبة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سيئ الخلق أو مقطوع اليدين أو الرجلين بخلاف الجب والعنة على ما قررنا يوضح الفرق أن الزوج هناك ظالم في امساكها من غير حاجة اليها وللقاضي ولاية ازالة الظلم بالطلاق وهنا الزوج غير ظالم في امساكها مع صدق حاجته اليها وذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك ان اشترط أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجد بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار وكذلك لو شرط الجمال والبكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار لان فوت

Maktaba Tul Ishaat.com

زيادة مشروطة بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما في البيع وبهذا تبين أنه لا معتبر لتمام الرضا في باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط أنها بكر شابة جميلة فوجدها ثيباً عجوزاً شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضا منه بهذه الصفة ﴿قال﴾ واذا قال الرجل للمرأة بحضرة الشهود زوجيني نفسك فقالت قد فعلت جاز النكاح ولو قال بعني هذا الثوب بكذا فقال فعلت لا يتم البيع مالم يقل المشتري اشتريت أو قبلت وقد بينا هذا فيما سبق وانما أعاده هنا لايضاح الفرق بين البيع والنكاح وقد استكثر من الشواهد لذلك ثم قال وهما في القياس سواء وهكذا ذكره أبو يوسف رحمه الله تعالى في الامالي قال انما تركنا القياس في النكاح للسنة وهو ما حدثني أبو اسحاق الشيباني عن الحكم أن بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم فأبوا أن يزوجوه فقال لو لا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب اليكم ما فعلت فقالوا قد ملكت فدل أن بهذه اللفظة بعد الخطبة ينعقد النكاح ثم ذكر بعد حكم توقف النكاح على الاجازة ليبين أن ذلك لا يشبه حكم الرد بالعيب لان من توقف العقد على حقه غير راض بأصل السبب فكان أصل السبب في حقه كالمعدوم مالم يجز واما عند اشتراط الخيار أو وجود العيب فقد ظهر السبب في حقه وهو راض بأصل السبب حين باشره فلهذا تم العقد ثم بين في العقد الموقوف ان الزوج اذا كان هو الولى ففي حق الزوج يتوقف على قبوله أو رده بكلام أو فعل يدل عليه وفي حق المرأة اذا كانت ثيباً كذلك واذا كانت بكراً فسكوتها رضاها لعلة الحياء وقد بيناه وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمهما الله تعالى أن البكر اذا زوجها وليان كل واحد منهما من رجل فبلغها العقدان فان أجازت أحدهما جاز ذلك وان أجازتهما معاً بطلا للمنافاة بينهما ولو سكتت لم يكن سكوتها رضا منها بواحد منهما وروى علي بن صالح عن محمد رحمهما الله تعالى ان سكوتها بمنزلة رضاها بالعقدين فيبطل العقدان جميعاً والاصح رواية ابن سماعة لانه لا يمكن أن يجعل سكوتها رضا بأحد العقدين اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ولا رضي بهما لان السكوت انما يقام مقام الرضا لتصحيح العقد وفي الرضا هنا بهما أبطالهما فلهذا لا يعتبر سكوتها هنا رضى ﴿قال﴾ واذا اعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته باذن المولى فلها الخيار ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته لما روى ان عائشة رضى الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك

فاختاري وكان زوجها مغيث يمشي خلفها ويبكي وهي تأباه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاصحابه رضى الله عنهم الا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له ثم قال لها اتقى الله فانه زوجك وأب ولدك فقالت أتأمرني فقال لا انما انا شافع فقالت اذاً لا حاجة بي اليه فاختارت نفسها وكان المعني فيه ان ملك الزوج يزداد عليها بالعتق فان قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرأين وعدتها حيضتان وذلك كله يزداد بالعتق وهي لا تتوصل الى رفع هذه الزيادة الا برفع أصل العقد فاثبت الشرع لها الخيار لهذا ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخا لا طلاقا بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد وفي حق من توقف على اجازته لا يكون طلاقا ولان سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقا ويستوى ان كان الزوج حراً أو عبداً عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى ان كان زوجها عبداً فلها الخيار وان كان زوجها حراً فلا خيار لها والرواة اختلفوا في زوج بريرة رضى الله تعالى عنها فروي أنه كان عبدا وروي أنه كان حراً فأصحابنا رحمهم الله تعالى أولوا ماروى أنه كان عبداً أى عند أصل العقد ولكنه كان حراً عند عتقها ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كانه لم ينقل في ذلك شئ فيبقى الاعتماد على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختارى وفي هذا التعليل لا فرق بين ان يكون الزوج حراً أو عبداً والشافعي رحمه الله تعالى استدل بما روى انه كان لعائشة رضي الله عنها زوجان مملوكان فأرادت عتقهما وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبداءة بالغلام قال وانما أمرها بذلك كيلا يثبت لها الخيار ولكنا نقول أمرها بذلك لاظهار فضيلة الرجال على النساء فانها لو اعتقتهما معا عنده لا يثبت لها الخيار أيضاً ومن طريق المعنى يقول بما اعترض تحقق المساواة بينهما فلا معنى لاثبات الخيار كالكتابية تحت مسلم اذا أسلمت أو المعسرة اذا أيسرت والزوج موسر والمنفية اذا أثبتت نسبها وللزوج نسب ثابت فلا خيار لها بخلاف ما اذا كان الزوج عبداً فان بما اعترض هناك من حريتها يظهر التفاوت وتنعدم الكفاءة ولكنا نقول ثبوت الخيار لها ليس لانعدام الكفاءة فان الكفاءة شرط لابتداء النكاح لا في البقاء ألا ترى أنه لو أعسر الزوج أو انتفي نسبه لا يثبت الخيار ولكن ثبوت الخيار لزيادة ملك الزوج عليها وفي هذا لا فرق عندنا بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً وهذا لان الملك انما يثبت بحسب الحل والحل

Maktaba Tul Ishaat.com

في جانبها يتنصف بالرق كما يتنصف الحل في جانبه بالرق فتزوج العبد امرأتين والحر أربعا واذا انتصف الحل برقها فاذا أعتقت ازداد الحل وبحسبته يزداد الملك على مانبينه في بابه ان شاء الله تعالى وعلى هـذا لو كانت مكاتبـة زوجت نفسها باذن مولاها ثم أدت فعتقت يثبت لهـا الخيار لزيادة الملك عليها عندنا وعلى قول زفر رحمـه الله تعالى لايثبت الخيار هنا لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد عليها بغير رضاها وسلامـة المهر لمولاها وهـذا غير موجود هنا فان المهر لهـا والنكاح ما انعقد الا برضاها وكان ابن أبي ليلى يقول ان أعانها على أداء بدل الكتابة لاخيار لهـا وان لم يعنها فلها الخيار ولكن الصحيح الموافق لتعليـل صاحب الشرع مابيناه ﴿ قال ﴾ ولو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة ثم عتقت بأن ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا والعياذ بالله ثم سبيا معا فأعتقت الامة فلها الخيار عنـد أبي يوسف رحمه الله تعالى ولا خيارلها عنـد محمد رضى الله تعالى عنـه لان بأصـل العقد يثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك فاذا أعتقت عاد الملك الى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها وأبو يوسف رحمـه الله تعالى يقول بالعتق ملكت أمر نفسـها وازداد ملك الزوج عليها وذلك مثبت الخيار لها شرعا ولما صارت أمة حقيقة التحقت بالتي كانت أمة في الاصل في حكم النكاح فثبت لها الخيار بالعتق والله سبحانه وتعالى أعـلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب العنين ﴾

﴿ قال ﴾ رضى الله عنـه بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنـه قال يؤجل العنين سنة فان وصل الى امرأته فهي امرأته وان لم يصـل اليها فرق بينهما وجعلها تطليقـة بائنة وجعل لها المهر كاملا وعليها العدة وبهذا أخذ علماؤنا بخلاف ما يقوله بعض الناس انه لاخيار لامرأة العنين أصلا لحديث امرأة رفاعة فانها تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير رضى الله عنه فلم يصل اليها فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت ان رفاعة طلقني فابت طلاقي وتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فلم أجد منه الامثل هدبة ثوبي تحكي ضعف حاله في باب النساء فلم يخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وجاءت امرأة الى علي رضى الله عنه فذكرت ان زوجها لايصل اليها فقال ولا وقت السحر فقالت ولاوقت السحر فقال هلكت وأهلكت

Maktaba Tul Ishaat.com

ما انا بمفرق بينكما ولانه عاجز معذور فيكون منظراً بانظار الله تعالى ولكنا نستدل بحديث عمر رضي الله عنه وقد روى مثله عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعن علي رضى الله عنه انه فرق بين العنين وبين امرأته وأوجب عليه المهر كاملا والصحيح من الحديث الذي رووا عن علي رضى الله عنه ان تلك المرأة قالت لم يكن ذلك منه الامرة وفى هذا لايفرق بينهما عندنا وامرأة رفاعة بما ذكرت حكت صغر متاعه لا العنة وفى مثل هذا عندنا لاتخير ثم هو معذور ولكنه فى امساكها ظالم لانه ينسد عليها باب قضاء الشهوة بنكاحه ولا حاجة به اليها فوجب رفع الظلم عنها ولان مقصودها بالعقد قد فات لان مقصودها ان تستعف به وتحصل به صفة الاحصان لنفسها وفوات المقصود بالعقد أصلا يثبت للعاقد حق رفع العقد وهى تحتاج الى تقرير مهرها أيضاً وتمام ذلك بالاتفاق يحصل بالدخول فاذا انسد عليها الباب يثبت لها الخيار الا أن العجز قد يكون لآفة فى أصل الخلقة وقد يكون لعارض وانما يتبين أحدهما عن الآخر بالمدة فلهذا يؤجل والاجل فى هذا سنة كما اتفق الصحابة رضى الله عنهم الاسى (١)وقد روى عن عبدالله بن نوفل رضى الله عنه قال الاجل عشرة أشهر وانما قدرنا بالسنة لان التأجيل لابلاء العذر والحول حسن فى ذلك قال قائلهم * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر * ولان العجز عن الوصول قد يكون بعلة الرطوبة وانما يعالج ذلك في فصل الحر واليبوسة من السنة وقد يكون لغلبة الحرارة وانما يعالج ذلك في فصل البرد وقد يكون لغلبة اليبوسة وانما يعالج فى فصل الرطوبة فقدرنا الاجل بحول حتى يعالج نفسه فيوافقه العلاج فى فصل من فصول السنة فيبرأ فاذا مضت السنة ولم يصل اليها علم أن الآفة في أصل الخلقة ولهذا قالوا يقدر بسنة شمسية أخذا بالاحتياط فربما تكون موافقة العلاج فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين القمرية والشمسية وابتداء التأجيل من وقت الخصومة حتى اذا صبرت مدة ثم خاصمت فان ادعى الزوج أنه قد وصل اليها سألها القاضى أبكر هي أم ثيب فان قالت ثيب فالقول قول الزوج لان الظاهر من حال الفحل انه اذا خلا بأنثى نزى عليها وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وان كانت بكراً أراها القاضى النساء فان البكارة لا يطلع عليها الرجال والمرأة الواحدة تكفي لذلك والمثنى أحوط لان طمأنينة القلب الى قول المثني أكثر فان قلن انها بكر فالقول قولها وكذلك ان أقر الزوج أنه لم يصل اليها ويؤجله القاضي سنة فيأمره أن

Maktaba Tul Ishaat.com

يعالج نفسه فى هذه المدة هكذا قال علي رضى الله عنه أفيضوا عليه الدحج والعسل ليراجع
نفسه فان مضت السنة وادعى الزوج أنه وصل اليها فهو على ما بينا من البكارة والثيابة
فان أراها النساء فقلن هي بكر خيرها القاضى لان البكارة لاتبقى مع الوصول اليها فاذا
خيرها القاضى فاختارت الزوج أو قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى أو قام القاضى
قبل أن تختار شيئاً بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس
فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار الى
أن قامت أو أقيمت يسقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء وان اختارت الفرقة أمر القاضى
الزوج بأن يطلقها فان أبى فرق القاضى بينهما وكانت تطليقة بائنة عندنا وعند الشافعي يكون
فسخاً بمنزلة الرد بالعيب كما هو مذهبه فأما عندنا لمستحق على الزوج أحد الشيئين اما الامساك
بالمعروف أو التسريح بالاحسان فاذا عجز عن أحدهما تعين الآخر فاذا امتنع منه ناب القاضي
منابه فى التسريح والتسريح طلاق وقد روينا عن عمر رضى الله تعالى عنه انه جعلها تطليقة
بائنة وهذا لان المقصود بالرجعي لا يحصل فالمقصود ازالة ظلم التعليق وفى الرجعى يستبد
الزوج بالمراجعة مع ان حكم الرجعة مختص بعدة واجبة بعد حقيقة الدخول وذلك غير
موجود هنا وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في غير الاصول انها كما اختارت نفسها
تقع الفرقة بينهما اعتباراً بالمخيرة بتخيير الزوج أو بتخيير الشرع كالمعتقة ثم لها المهر كاملا عليه
لوجود التسليم المستحق بالعقد منها وعليها العدة لما استوفت كمال المهر به قضى عمر وعلى
رضى الله عنهم وقالا ما ذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم وكما لا يسقط حقها بترك المرافعة
زمانا فكذلك لا يسقط حقها بتأخير الخصومة بعد مضى الاجل فان ذلك للاختبار منها
لا للرضا به والانسان لا يتمكن من الخصومة في كل وقت خصوصا في هذه الحالة الا أنه لا
يحتسب على الزوج بما مضى من المدة قبل المرافعة لان الأمر لم يكن مضيقا عليه قبل التأجيل
وربما كان امتناعه من صحبتها لغرض له فى ذلك سوى العجز ولكن بعد التأجيل يترك
ذلك الغرض بما يلحقه من العار وضرر زوال ملكه فلهذا لا يحتسب بالمدة قبل التأجيل
ويحتسب عليه بزمان حيضها وشهر رمضان لان الصحابة رضى الله عنهم قدروا الاجل
بسنة مع علمهم انه لايخلو عن ذلك عادة فان مرض الزوج فى المدة أو مرضت مرضاً
لايستطاع جماعها فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان فى احدى الروايتين اذا كان

Maktaba Tul Ishaat.com

المرض أكثر من نصف الشهر لايحتسب بمدة المرض على الزوج وان كان دون ذلك يحتسب عليه بالقياس على أيام شهر رمضان فانه في النهار يمتنع عليه غشيانها ثم ذلك محسوب عليه فعرفنا ان نصف الشهر وما دونه عفو وفى الرواية الأخرى قال اذا كانا صحيحين فى شيء من السنة ولو فى يوم واحد يحتسب عليه بزمان المرض وعلى قول محمد رحمه الله تعالى ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهراً لايحتسب ويزاد فى مدته بقدر مدة المرض وان أحرمت بحجة الاسلام لايحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لايقدر ان يحللها الا تري انها لو كانت محرمة حين خاصمت لم يؤجله القاضى حتي تفرغ من الحج ولو خاصمت والزوج مظاهر منها فان كان يقدر على العتق أجله وان كان عاجزاً عن ذلك أمهله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها مالم يكفر والعاجز عن العتق كفارته بالصوم شهران فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضى الى ذلك واحتسب عليه تلك المدة لانه كان متمكنا من ان لايظاهر منها وكذلك ان كان يصل الى غيرها من النساء أو جواريه ولا يصل اليها خيرها القاضى لان التخيير لرفع الضرر عنها ولايحصل ذلك بوصوله الى غيرها بل تزداد به غيظا ولو كان غشيها مرة واحدة ثم انقطع بعد ذلك فلا خيار لها لأن ماهو مقصودها من تأكد البدل أو ثبوت صفة الاحصان قد حصل لها بالمرة ﴿قال﴾ ولو وجدته مجبوباً خيرها القاضى فى الحال لان التأجيل في العنين لرجاء الوصول اليها وذلك فى المجبوب لايوجد فالمقطوع من الآلة لاينبت فلهذا فرق بينهما فى الحال وان كان قد خلا بها فلها المهر كاملا فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولها نصف المهر فى قولهما لان التيقن بعدم الوصول اليها موجود هنا وعذر الجب فى الزوج أبين من عذر المرض فاذا كان مرضه يمنع صحة الخلوة فكونه مجبوباً أولى بخلاف العنين فان ذلك باطن لايوقف على حقيقته وهذا ظاهر يشاهد فيجب اعتباره فى الحكم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هى أتت بالتسليم المستحق عليها بالعقد وحقها فى البدل يتقرر بذلك وهذا لان العقد ما انعقد لاستحقاق المجامعة به فانه لا كون له وانما انعقد لما وراء ذلك وقد أتت به فيتقرر حقها ثم يجب عليها العدة اما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لايشكل لانه قد تقرر جميع المهر واما عندهما تجب العدة استحسانا وأشار فى كتاب الطلاق الا أنه لاتجب العدة عندهما وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال لا تجب العدة أراد في مجبوب قد جف ماؤه فيكون هذا

Maktaba Tul Ishaat.com

بمنزلة الصبي لا تعتبر خلوته في ايجاب العدة وحيث قال تجب العدة أراد في مجبوب له ماء يسحق فينزل فتجب العدة احتياطاً وان لم يكن دخل بها أو خلا بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها ثم بعد ما فرق القاضي بينهما في الموضع الذي وجبت عليها العدة اذا جاءت بولد الى سنتين يثبت النسب منه ولا تبطل تلك الفرقة لان ثبوت النسب باعتبار الانزال بالسحق وذلك غير مبطل حقها بخلاف العنين اذا فرق القاضي بينهما وهو يدعي الوصول اليها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت النسب ويبطل التفريق لانا حين حكمنا بثبوت النسب فقد حكمنا بوصوله اليها وكذلك لو شهد شاهدان بعد التفريق على اقرارها بالوصول اليها قبل التفريق بطل تفريق القاضي بينهما كما لو عرف القاضي اقرارها في ذلك الوقت بخلاف ما اذا أقرت بعد التفريق أنه كان وصل اليها فان قولها في إبطال التفريق ورفع الطلاق الواقع غير مقبول لكونها متهمة في ذلك والخصي بمنزلة العنين لان رجاء الوصول في حقه موجود لبقاء الآلة ولو تزوجت واحداً من هؤلاء وهي تعلم بحاله فلا خيار لها فيه لانها صارت راضية به حين أقدمت على العقد مع علمها بحاله ولو رضيت به بعد العقد بأن قالت رضيت سقط خيارها فكذلك اذا كانت عالمة به ولا فرق في قولها رضيت بالمقام معه بين أن يكون عند السلطان أو غيره لانه اسقاط لحقها ﴿ قال ﴾ وليس يكون أجل العنين الا عند قاضي مصر أو مدينة يجوز قضاؤه ولا يجوز عند من هو دون هؤلاء ومراده بهذا الاشارة الى الفرق بين خيار المعتقة والعنين فان ذلك لا يختص بمجلس الحكم وهو من جهتها فلم يكن طلاقا وهذا يختص بمجلس الحكم وهو لمعنى من الزوج فلهذا كان طلاقا وقد تبين بهذا اللفظ ان المصر شرط لجواز القضاء فانه لا يجوز القضاء في غير المصر بمنزلة اقامة الجمعة انه يختص بالمصر ﴿ قال ﴾ ولو تزوج امرأة فوصل اليها ثم فارقها ثم تزوجها بنكاح جديد ولم يصل اليها يؤجل كما يؤجل العنين لان النكاح الثاني غير النكاح الأول فلا يعتبر الوصول في النكاح الاول فيما يستحق في النكاح الثاني ﴿ قال ﴾ والخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فهو رجل يجوز له ان يتزوج امرأة فان لم يصل اليها أجل كما يؤجل العنين لان رجاء الوصول قائم فان كان يبول من مبال النساء فهو امرأة فاذا تزوجت رجلا لم يعلم بحالها ثم علم بذلك بعده فلا خيار للزوج لان الطلاق في يده وهو نظير الرتقاء وقد بيناه ﴿ قال ﴾ ولو كانت المرأة رتقاء والزوج عنينا لم يكن لها ان تخاصمه لانه لا حق لها في المطالبة بالجماع مع قيام المانع فيها وذكر

في

فى اختلاف زفر ويعقوب اذا زوج أمته فوجدته عنينا ان الخصومة فى ذلك الى المولى فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان المهر واجب له فهو محتاج الى أن يؤكد حقه ولأن النسل يكون ملكا له وبكونه عنيناً يفوت ذلك وعلى قول زفر رحمه الله تعالى الخيار لها لان المقصود بالوطء قضاء الشهوة وذلك يحصل لها دون المولى فكان حق المرافعة اليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح الشغار

﴿قال﴾ رضى الله عنه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن نكاح الشغار وأصل الحديث قوله صلى الله عليه وسلم لا جلب ولا جنب ولا شغار فى الاسلام والشغار أن يقول الرجل للرجل أزوجك أختي على أن تزوجنى أختك على أن يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الاخرى أو قالا ذلك فى ابنتيهما أو أمتيهما ثم النكاح بهذه الصفة يجوز عندنا ولكل واحدة منهما مهر مثلها وعند الشافعى رضى الله عنه النكاح باطل لنهيه صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار والنهي يقتضى فساد المنهى عنه ولانه شرط الاشراك فى بضع كل واحدة منهما حين جعل النصف منه صداقا والنصف منكوحة وملك النكاح لا يحتمل الاشتراك فالاشتراك به يكون مبطلا كما اذا زوجت المرأة نفسها من رجلين وحجتنا فى ذلك أنه سمى بمقابلة بضع كل واحدة منهما ما لا يصلح أن يكون صداقا فكأنه تزوجها على خمر أو خنزير وهذا لانه لما لم يكن فى البضع صلاحية كونه صداقا لم يتحقق الاشراك فبقى هذا شرطا فاسداً والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو شرط أن يهبها لغيره أو نحوه بخلاف ما اذا زوجت المرأة نفسها من رجلين لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما فيتحقق معنى الاشراك واستدلاله بالنهى باطل لان النهي للخلو عن المهر هكذا قال ابن عمر رضى الله عنهما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تزوج المرأة بالمرأة من غير مهر لكل واحدة منهما وهذا لان الشغار هو الخلو فى اللغة يقال شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه ليبول وبلدة شاغرة اذا كانت خالية من السلطان وانما أراد به ان لا تخلو المرأة بالنكاح عن المهر وبه نقول وان سمى لكل واحدة من المرأتين مهراً فلكل واحدة منهما ماسمي من المهر واشتراط أحد العقدين فى الآخر غير مؤثر هنا لانه شرط فاسد والنكاح لا يبطل بمثله ﴿قال﴾ واذا جعل

Maktaba Tul Ishaat.com

مهر امرأته طلاق أخرى كان النكاح جائزاً بمهر مثلها ولم يكن الطلاق مهراً وكذلك ان
جعل القصاص مهراً فقد وقع العفو ولها مهر مثلها عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى كلما
يجوز أخذ العوض عنه بالشرط يصلح أن يكو مهراً لان المقصود تحقق المعاوضة وأصل
المسئلة في تعليم القرآن فان عنده تعليم القرآن يصلح أن يكون صداقا للحديث الذى روينا فى
قوله زوجتكها بما معك من القرآن ولكنا نقول اشتراط صفة المالية في الصداق ثابت بالنص
وهو قوله تعالى ان تبتغوا بأموالكم وطلاق الضرة والعفو عن القصاص ليس بمال وكذلك
تعليم القرآن وتأويل الحديث بحرمة مامعك من القرآن وعلى هذا الأصل قلنا اذا اعتق أمته
على أن يتزوجها ويكون العتق صداقا لها فزوجت نفسها منه فلها مهر مثلها لان الاعتاق
ابطال للرق فلا يصلح ان يكون صداقا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وقد روى عن أبي
يوسف رحمه الله تعالى انه جوز ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية بنت
حيّ رضى الله عنها وتزوجها وجعل عتقها صداقا لها ولكنا نقول قد روى انه تزوجها بمهر
جديد ولو ثبت ذلك فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصاً بالنكاح بغير مهر
وعلى هذا لو تزوجها على أن يخدمها سنة فان كان الزوج عبداً صحت التسمية لتضمنها تسليم
المال اليها فان رقبة العبد مال وان كان الزوج حرا لم تصح التسمية هكذا ذكر فى الجامع
الصغير ونحوه ورى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى انه اذا تزوجها على ان يرعى غنمها سنة
يجوز استدلالا بقصة موسى مع شعيب عليهما السلام فمن أصحابنا من فرق بينهما فقال هى
مأمورة بان تعظمه وتراعي حقه وذلك ينعدم باستخدامها اياه فلهذا لم يجز ان يكون خدمتها
صداقا وذلك لا يوجد فى عمل الرعى الا ترى ان الابن لا يستأجر اباه للخدمة ويستأجره
لعمل آخر والاصح ان في الفصلين روايتين في احدى الروايتين لا تصح التسمية لان المنفعة
ليست بمال واشتراطها من الحر لا يتضمن تسليم المال اليها وفى الرواية الاخرى تصح التسمية
لان المنفعة تأخذ حكم المالية عند العقد ولهذا لا يثبت الحيوان ديناً فى الذمة بمقابلتها فاذا
لم تصح تسمية الخدمة فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لها مهر مثلها
لانه سمي مالا يصلح ان يكون صداقا لها فهو كتسمية الخمر وعند محمد رحمه الله تعالى لها
قيمة خدمته لان الخدمة متقومة عند العقد وان لم تكن مالا فاذا تعذر سلامتها لها تجب
قيمتها كما لو تزوجها على عبد فاستحق ثم قد بينا الفرق بينهما اذا تزوج المرأة على طلاق ضرتها

Maktaba Tul Ishaat.com

وبين ما اذا تزوجها على ان يطلق ضرتها فى حكم وقوع الطلاق على الضرة فكذا اذا تزوجها على القصاص حصل العفو بنفس العقد واذا تزوجها على ان يعفو عن القصاص لم يسقط القصاص الا بمباشرة العفو ولا يجبر على ذلك وكذلك اذا تزوجها على عتق ابيها عتق الاب بنفس العقد بخلاف ماذا تزوجها على أن يعتق أباها ولها مهر مثلها لان ماسمى صداقا من عتق الاب ليس بمال بخلاف ماذا تزوجها على عتق أبيها عنها لانه يتضمن تمليك رقبة الاب منها فان المعتق عنها لا يكون الا بهذا الشرط ورقبة الاب مال يصلح أن يكون صداقا لها واذا زوج ابنته من رجل على مهر مسمي على أن يزوجه الآخر ابنته على مهر مسمى فان زوجه فلكل واحدة منهما ماسمى لها من المهر وان لم يزوجه الآخر كان للمزوجة تمام مهر مثلها لان رضاها بدون مهر المثل باعتبار منفعة مشروطة لابيها ومنفعة أبيها كمنفعتها ولو شرط لها مع المسمى منفعة كان لها مهر مثلها كذا هنا والله أعلم بالصواب

باب نكاح الاكفاء

﴿قال﴾ رضى الله عنه قد قدمنا بيان ماهو مقصود هذا الباب وهو اعتبار الكفاءة فى النكاح وصحة عقد النكاح من كفء بمهر مثلها بمباشرتها أو بمباشرة غيرها برضاها بغير ولى واستدل على ذلك بآثار رويت فمنه حديث جعفر رضى الله عنه ان النبي صلى الله وسلم تزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان وكان الذى ولى عقد النكاح النجاشي ومهرها عنه اربعمائة دينار ومنه حديث عائشة رضى الله عنها انها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبى بكر من المنذر بن الزبير رضى الله عنه وعبد الرحمن غائب فقال امثلى يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضى الله عنها أو ترغب عن المنذر لتملكن امرها عبد الرحمن فملكها فقال مابي رغبة عنه ومنه حديث عبد الرحمن بن مروان رضى الله عنه قال زوجت امرأة معنا فى الدار ابنتيها فجاء أو لياؤها فخاصموها الى على رضى الله عنه فاجاز النكاح ومنه حديث بحرية بنت هانئ قالت زوجت نفسى من القعقاع ابن شور فخاصم أبى الى على رضى الله عنه فأجاز النكاح ولكن الحجة بهذه الآثار على الشافعى رضى الله عنه حيث يقول لا ينعقد النكاح بعبارة النساء فأما على قول محمد رحمه الله تعالى لا تقوى الحجة ببعض هذه الآثار فانه يقول فى حديث النجاشى انه كان هو الولى لانها كانت مسلمة في ولايته فان أم حبيبة رضى الله تعالى

Maktaba Tul Ishaat.com

عنها من جملة من هاجر الى الحبشة ولأن عقد عائشة رضى الله تعالى عنها كان موقوفا على اجازة عبد الرحمن وكذلك ما أجازه على رضى الله تعالى عنه انما أجازه بولاية السلطنة ثم استكثر من الشواهد فى جواز تزويج المرأة نفسها من كفء فمن ذلك ان الولى لو عضلها فخاصمته الى السلطان فانه يحق على السلطان أن يأمر الولى بذلك وان أبى أن يزوجها السلطان فاذا صنعت هى بنفسها كيف تحكم ببطلان ماصنعت وكذلك لو أن رجلا أعتق أم ولده ولها ولد ثم تزوجها من غير أن يعلم ولدها منه أما كان يجوز هذا النكاح باعتبار ان الولى هذا الولد أرأيت لو أن امرأة أعتقت أباها وهو معتوه فزوجته أما كان يجوز هذا فاذا كانت تملك أن تزوج أباها فكيف لاتملك أن تزوج نفسها واستكثر من هذا الجنس من الشواهد وقد ذكر فى اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى ان ابن أبى ليلى قال لا يجوز ذلك وان أبا يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لايجوز ذلك حتى يجيزه القاضى أو الولى وقد تقدم بيان مافيه من اختلاف الروايات عنهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح الاماء والعبيد

(قال) رضى الله عنه وللرجل الحر اذا لم يكن تحته حرة أن يتزوج أربعا من الاماء عندنا وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه ليس للحر أن يتزوج الا أمة واحدة والخلاف بيننا وبينه فى فصول (أحدها) أن الحر اذا لم يكن تحته حرة ولكنه قادر على طول الحرة عندنا له أن يتزوج الأمة والأولى أن لايفعله وعنده ليس له أن يتزوج أمة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم فالله تعالى شرط لجواز نكاح الامة عدم طول الحرة والتعليق بالشرط يقتضى الفصل بين الوجود والعدم ثم بين أن نكاح الامة للحر لضرورة خوف الزنا على نفسه وذلك انما يكون عند عدم طول الحرة والمعنى فيه أن فى تزوج الحر الامة تعريض ولده للرق لان الولد جزء منه وهو تابع للأم فى الرق وكما لا يجوز له أن يعرض نفسه للرق لا يجوز له أن يعرض ولده للرق من غير ضرورة ولهذا المعنى لايجوز نكاح الامة اذا كان تحته حرة فكذلك اذا كان قادراً على طول الحرة ولا يبعد أن يمتنع النكاح عليه لحق الولد ألا ترى أنه لايتزوج المعتدة من الغير لما فيه من اشتباه نسب

Maktaba Tul Ishaat.com

الولد ولان نكاح الامة بدل فى حق الحر لان عقد النكاح عقد ازدواج وهو ينبنى على المساواة فى الاصل ولامساواة بين الحر والامة فكان نكاح الامة في معنى البدل فكما أن وجود الاصل يمنع العدول الى البدل فكذلك القدرة على تحصيله كالتيمم فان وجود الماء كما يمنع التيمم فالقدرة على تحصيله بالشراء تمنع وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فاذا استطاب نكاح الامة جازله ذلك بظاهر الآية والمعنى فيه ان النكاح يختص بمحل الحل والامة من جملة المحلات فى حق الحر كالحرة فيكون جواز نكاحها أصلا لا بدلا ولا ضرورة والدليل على أنها محللة له أنها بملك اليمين ء له ولايحل بملك اليمين الا ما يحل بملك النكاح وانها محللة للعبد أصلا بالاتفاق فكذلك ر بل أولى لان الحل في حق الحر أوسع منه في حق العبد حتى لايثبت الحل للعبد بملك اليمين ويثبت للحر وهذا لان الانثى من بنات آدم في أصل الخلقة تحل للذكور لان المقصود حصول النسل وذلك يتحقق بين الذكور والاناث ثم الحرمة بعد ذلك بمعانى نص عليها الشرع من الامية والاختية ونحوهما فاذا انعدمت هذه المعانى كان الحل ثابتاً باعتبار الأصل ولا معنى لاعتبار تمريض الولد للرق أيضاً فان نكاح العقيم والعجوز يجوز وفيه تضييع النسل أصلا فلان يجوز نكاح الأمة وان كان فيه تضييع صفة الحرية للنسل أولى وكذلك ان تزوج أمة ثم قدر على طول الحرة أو تزوج حرة كان له ان يطأ الأمة بالنكاح بعد ذلك وفى هذا تمريض ولده للرق فبهذا تبين ان اعتماده على هذا المعنى لايصح وكذلك دعواه ان الأمة فى حكم البدل فاسد فانها لو كانت بدلا لم يبق النكاح بينه وبينها بعد وجود الأصل كما لا يبقى حكم التيمم بعد وجود الماء فاما اذا كانت تحته حرة فمن أصحابنا من يقول حرمة نكاح الأمة فى هذه الحالة بالنص بخلاف القياس على ما قال صلى الله عليه وسلم لاتنكح الأمة على الحرة الا ترى ان الحرة لو كانت صغيرة أو غائبة لم يجز له ان يتزوج الأمة وان كان هو لايستغنى بنكاحها عن الأمة ويخاف الوقوع فى الزنا فعرفنا ان المانع هناك عين نكاح الحرة لاالاستغناء بنكاحها وكان الكرخي رحمه الله تعالى يقول بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية فهو بتزوج الأمة يبطل الحق الثابت وحق الحرية لايجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بطول الحرة لا يثبت حق الحرية لولده ومنهم من يقول ان الأمة ليست من جملة المحلات بالنكاح مضمومة الى الحرة وهى من جملة المحلات منفردة عن الحرة لان الحل الذى ينبنى عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال

Maktaba Tul Ishaat.com

والنساء فكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد اثنتين والحر أربعاً فكذلك يتنصف برق المرأة ولا يمكن اظهار هذا التنصيف فى جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لاتحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فاما ان يقول الاحوال ثلاثة حال ماقبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لاتحتمل التجزى فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة أو متأخرة عنها أو في الحقيقة حالتان حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فتجعل محللة منفردة عن الحرة ومحرمة مضمومة الى الحرة فاذا كانت تحته حرة فهو بنكاح الامة يضمها الى الحرة فلهذا لايصح فاما مع طول الحرة فهو بنكاح الامة لايضمها الى الحرة فلهذا جاز نكاحها فأما الآية فقد نقل عن ابن عباس رضى الله عنه ان المراد حال وجود نكاح الحرة وبه نقول على ان من أصلنا ان التعليق بالشرط يقتضي وجود الحكم عند وجود الشرط ولكن لايوجب انعدام الحكم عند انعدام الشرط لجواز ان يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط لعلة أخرى وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رحمهم الله تعالى يجوز للحران يتزوج أربعاً من الاماء كما يجوز له أن يتزوج أربعاً من الحرائر وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى ليس للحران يتزوج الأمة واحدة لان جواز نكاح الامة للحر عنده لاجل الضرورة وهذه الضرورة ترتفع بالواحدة فلا يجوز له أن يتزوج أكثر منها كتناول الميتة لما كان حلها لاجل الضرورة لم يجز الا بقدر مايسد به رمقه وعندنا نكاح الامة للحر مباح مطلقا كنكاح الحرة فيجوزله ان يتزوج أربعاًمن الحرائر وعلى هذا يستوى عندنا ان كن مسلمات أو كتابيات وعندالشافعى رضى الله عنه لايجوز نكاح الامة الكتابية للمسلمين لان الضرورة ترتفع عنه بنكاح الامة المسلمة فلا يجوز له نكاح الامة الكتابية أصلا فان الكتابية تكون في ملك الكافر عادة وتعريض ولده لرق المسلم أهون من تعريضه لرق الكافر واستدل بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب معناه من الحرائر فلما جوز نكاح الكتابية بشرط ان تكون حرة فاذا كانت أمة لم تدخل تحت النص وانما دخلت تحت قوله ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولان كفرها يغلظ ببعض آثاره وهو الرق فلا يجوز نكاحها أصلا كالمجوسية وحجتنا فى ذلك مابينا ان الأمة الكتابية محللة للمسلم بملك اليمين فكذلك بملك النكاح كالمسلمة وهذا لان مالا يحل بملك النكاح لايحل بملك اليمين

Maktaba Tul Ishaat.com

كالمجوسية والدليل عليه أن الشرع سوى بين حكم النكاح والذبيحة ثم في حق حل الذبيحة الكتابية كالمسلمة أمة كانت أو حرة فكذلك في حكم النكاح وأما الآية فقد قيل ان المراد من قوله والمحصنات العفائف من أهل الكتاب فتتناول الأمة كالحرة ولئن كان المراد الحرائر فاباحة نكاح الحرائر من أهل الكتاب لايكون دليلا على حرمة نكاح الاماء ولكن هذا لبيان الاولى واسم المشركة لا يتناول الكتابية لاختصاصها باسم آخر ألا ترى أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب بقوله لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين الآية ﴿ قال ﴾ ولو تزوج أمة بغير اذن مولاها ثم تزوج حرة ثم أجاز مولى الامة لم يجز لان ثبوت ملك الحل عند الاجازة وعند الاجازة الحرة تحته فبهذه الاجازة يحصل ضم الامة الى الحرة وهي ليست من المحللات مضمومة الى الحرة ولانه اعترض بعد العقد قبل الاجازة مايمنع ابتداء العقد فيمنع الاجازة كما لو تزوج امرأة نكاحا موقوفا ثم تزوج أختها ثم ان الاولى أجازت لم يجز أرأيت لو تزوج أم هذه الامة أو ابنتها وهي حرة قبل أجازة مولاها ثم أجاز المولى أكان يجوز قال لايجوز شيء من ذلك لما ذكرنا ﴿قال﴾ واذا تزوج أمة بغير اذن مولاها ثم أعتقها المولى ولم يعلم بالنكاح فان هذا العتق امضاء للنكاح واجازة له لان الامة مخاطبة وانما امتنع نفوذ عقدها لحق المولي فاذا سقط حق المولى نفذ العقد وكان نفوذ هذا العقد من جهتها لا من جهة المولى وما قال انه امضاء واجازة توسع في الكلام فأما نفوذ العقد من جهتها ولهذا لا يثبت لها خيار العتق كما لو زوجت نفسها بعد العتق لان خيار العتق انما يثبت اذا ازداد الملك عليها بالعتق ولا يتحقق ذلك اذا كان نفوذ العقد ابتداء بعد العتق ولهذا كان المهر لها ان لم يكن دخل بها قبل العتق لان الملك انما يثبت عليها فما يقابله من البدل يكون لها وعن زفر رحمه الله تعالى انه قال يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته لسقوط حقه بالعتق فتعين فيه جهة البطلان كما لو باع مال الغير ثم ان المالك باعه من انسان آخر بطل به البيع الاول ولكنا نقول ماتوقف هذا العقد علي اجازة المولى وانما امتنع نفوذه لقيام حق المولى وقد سقط حق المولى بالعتق بعد العقد لزوال المانع من النفوذ وهذا بخلاف ما اذا أذن لها المولى في النكاح فانه لاينفذ ذلك العقد مالم يجز لان بالاذن لم يسقط حق المولى فلا بد من اجازة المولى أو اجازة من قام مقامه فاما بالعتق هنا سقط حق المولى وهذا بخلاف

Maktaba Tul Ishaat.com

ما اذا اشترت شيئاً ثم أعتقها المولى فانه يبطل الشراء لان ذلك الشراء انعقد موجباً الملك للمولى
فلو نفذ بعد عتقها كان موجباً الملك لها وذلك لايجوز فاما هنا النكاح انعقد موجب الحل
لها وبعد العتق انما ينفذ بهذه الصفة ولولم يعتقها ولكنه مات فورثها ابنه فان كانت تحل
للابن بأن لم يمسها الاب بطل النكاح وليس للابن أن يجيزه لانه طرأ حل نافذ على الحل
الموقوف فيكون مبطلا لذلك الموقوف كما اذا طرأ ملك نافذ على ملك موقوف بأن باع
ملك الغير ثم اشتراه من المالك بطل ذلك العقد ولا يملك الاجازة بعد وهذا لان بين
الملكين والحلين فى المحل منافاة فنفوذ أحدهما فى المحل يكون مبطلا للآخر وان كانت ممن
لا يحل للابن فأجاز الابن ذلك النكاح جاز عندنا لانه قائم مقام الاب فى هذه الاجازة
ولم يوجد المنافي وهو طريان الحل النافذ على الحل الموقوف ولا يجوز عند زفر لانه انما
توقف على اجازة الاب فلاينفذ باجازة غيره وكذلك لوباعها المولى أو وهبها أوسلمها فان
كانت تحل للمشترى والموهوب له لم ينفذ ذلك العقد باجازتهما وان كانت لاتحل لهما نفذ
العقد باجازتهما عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى ولو كانت تحل لمن ملكها فدخل بها الزوج
بعد ماملكها وقد أجاز ماملكها النكاح أولم يجز كان عليه الاقل من مهر مثلها ومما سمى لها
فى النكاح قبل انتقال الملك لان الدخول حصل بشبهة النكاح فسقط الحد ويجب الأقل
من المسمى ومن مهر المثل ويكون ذلك لمالكها يوم وطئها لانه انما وجب بدلا عن المستوفى
بالوطء والمستوفى بالوطء مملوك للثانى فكان البدل له ولو كان قد جامعها في ملك الاول ثم
أجاز النكاح الآخر فانه يجعل عليه مهر واحد للأول لان الدخول بها في الملك
الاول حصل بشبهة النكاح فيجب المهر بمقابلة المستوفى منها وذلك المستوفى مملوك للاول
فكان المهر له ثم ذكر أن النكاح لاينفذ باجازة الثانى هنا لانه قد فسد حين ملكها ومن
أصحابنا من يقول هذا غلط لانه لما دخل بها الزوج فى ملك الاول وجب عليها العدة
والمعتدة لاتحل لغير المعتد منه فهى لم تصر محللة للمالك الثانى فلا يفسد النكاح الموقوف فاذا
أجازه كان صحيحاً ولكنانقول ماذكره فى الكتاب صحيح لان وجوب العدة انما يكون بعد
التفريق بينهما فأما قبل التفريق فهى ليست بمعتدة فاعتراض الملك الثانى يبطل الملك
الموقوف وان كان هو ممنوعا من غشيانها وجعل هذا قياس المنع بسبب الاستبراء وذلك
لايمنع بطلان النكاح الموقوف فهذا مثله ﴿ قال ﴾ ولو كان دخل بها فى ملك الاول ثم

أعتقها

Maktaba Tul Ishaat.com

أعتقها جاز النكاح وفى القياس عليه مهران مهر للمولى بالدخول بشبهة النكاح قبل العتق ومهر لها لنفوذ العقد عليها بعد العتق لان ملك الحل انما يثبت بعد العتق فلا يجوز اثباته بغير مهر ولكنه استحسن فقال لا يجب الا مهر واحد للمولى لان وجوب المهر بالدخول انما يكون باعتبار العقد ألا ترى أنه لولم يسبق العقد لا يجب المهر والعقد الواحد لا يوجب الا مهراً واحداً واذا وجب به المهر للمولى لا يجب لها به مهر آخر توضيحه أن الاجازة وان كانت بعد العتق فحكمها يستند الى أصل العقد ألا ترى أن الشهود يشترط عند العقد لا عند الاجازة وشرط الشهود اختص بملك الحل كشرط المهر فكما أن وجود الشهود عند العقد يغني عن اعتباره عند الاجازة فكذا وجوب المهر للمولى عند العقد يغني عن اعتبار مهر آخر لها عند الاجازة ولو لم يعتقها ولكنه أجاز النكاح جعل اجازته فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولو كان أذن لها فى النكاح جاز عقدها ويشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاذن فكذلك اذا أجازه فى الانتهاء انما يشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاجازة ﴿قال﴾ وللمولى أن يكره أمته أو عبده على النكاح أما الامة فلان بضعها مملوك للمولى فهو انما يعقد على ملك نفسه بتزويجها وله ولاية العقد على ملك نفسه بغير رضاها كما لو باعها والدليل عليه أن البدل يجب للمولى والنفقة تسقط عن المولى فهو فيما صنع عمل لنفسه وأما العبد فللمولى أن يزوجه من غير رضاه عندنا وليس له ذلك عند الشافعى رحمه الله تعالى لان ما تناوله النكاح من العبد غير مملوك للمولى عليه فهو فى تزويجه متصرف فيما لا يملكه فلا يستبد به وهذا لان المولى فيما لا يملكه من عبده كاجنبي آخر ألا ترى أنه لا يملك الاقرار عليه بالقصاص لان دمه غير مملوك له ولا يملك أن يطلق امرأة العبد لانها غير مملوكة للمولى فكذلك لا يملك تزويجه لان محل هذا العقد غير مملوك له توضيحه أن تزويجه بغير رضاه لا يفيد مقصود النكاح لان الطلاق بيد العبد فيطلقها من ساعته ولكنا نستدل بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شئ فانما عقد المولى على شئ لا يقدر العبد عليه ولانه مملوكه على الاطلاق فيملك نكاحه بغير رضاه كالامة وهذا لان فى الامة انما يملك المولى العقد عليها لملكه رقبتها لا لملكه ما يملك بالنكاح فان ولاية التزويج لا تستدعى ملك ما يملك بالنكاح ولا يثبت باعتباره الا ترى ان الولى يزوج الصغيرة وهو لا يملك عليها ما يملك بالنكاح فثبت ان فى حق الأمة انما

Maktaba Tul Ishaat.com

يملك تزويجها بملكه رقبتها لا بملكه عليها مايملك بالنكاح وهذا موجود فى جانب العبد بل أولى لان فى تزويج الأمة ينظر لنفسه وفى تزويج العبد انما ينظر للعبد ولان الأمهار أحد شطرى العقد فيملكه المولى بملك الرقبة كتمليك البضع فى جانب الامة وما قال انه غير مملوك للمولى فاسد من الكلام فان العبد لا يستبد بالنكاح بالاتفاق وما لا يملكه المولى من عبده فالعبد فيه مبقى على أصل الحرية يستبد به كالاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجته وهنا العبد لما كان لايستبد به عرفنا انه مملوك للمولى عليه وموجب النكاح الحل وذلك يحصل بالنكاح الى ان يرتفع بالطلاق والظاهر ان حشمة المولى تمنعه من ايقاع الطلاق ﴿قال﴾ ولو أقر المولى بالنكاح على عبده لم يصح اقراره عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف مالو أقر على أمته بالنكاح وقد بيناهذافيما سبق وذكر شعيب بن أبي القاسم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالي على عكس هذا ان اقرار المولى بالنكاح على عبده صحيح وعلى أمته لايصح لانها فرج فلا تحل للزوج بمجرد قول المولى بغير شهود ﴿قال﴾ واذا عتقت الامة المنكوحة فلها الخيار كما بينا فان اختارت نفسها وقد دخل الزوج بها فالمهر المسمى واجب لسيدها لان الدخول حصل بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى وان كان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا لسيدها لان اختيارها نفسها فسخ للنكاح من أصله فيسقط به جميع المهر كما اذا فرق بينهما لانعدام الكفاءة فان اختارت زوجها فالمهر لسيدها دخل بها أو لم يدخل بها لان المسمى وجب بنفس العقد بمقابلة ماملكه الزوج وانما ملك ذلك على المولى فكان البدل للمولى ولو لم يعتقها كان للسيد ان يستوفي الصداق من زوجها وليس للزوج أن يمتنع من ذلك حتى يسلمها اليه لان المولى في استحقاق صداق الامة كالحرة فى استحقاق صداق نفسها وهناك لها ان تحبس نفسها لاستيفاء صداقها فهنا أيضاً للمولى أن يحبسها اذا كان الصداق حالا وان كان الصداق مؤجلا لم يكن له أن يحبسها ولا للحرة ان تحبس نفسها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على قياس المبيع لايحبس بالثمن المؤجل وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وان كان الصداق مؤجلا فللمرأة ان تحبس نفسها لاستيفائه بخلاف البيع لان تسليم النفس عليها في جميع العمر والمطالبة بالصداق ثابت لها في العمر وفي البيع استحقاق التسليم عقيب العقد وليس له حق المطالبة بالثمن في ذلك الوقت اذا كان مؤجلا فان كان

Maktaba Tul Ishaat.com

استوفى المولى صداقها أمر المولى أن يدخلها على زوجها ولكن لايلزمه ان يبوأها معه بيتا لان خدمتها حق المولى فلا تقع الحيلولة بينه وبين استيفاء حقه ولكنها تخدم المولى فى بيته كما كانت تفعله من قبل ومتى ماوجد الزوج منها خلوة أو فراغاً قضى حاجته فان لم يدخل بها حتى قتلها مولاها فعليه رد جميع الصداق على الزوج في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالي وان كان لم يقبض الصداق سقط جميع حقه عن الزوج وعندهما لايسقط شئ منه وكذلك لو باعها المولي في مكان لايقدر الزوج عليها وجه قولهما ان القتل موت بأجل فيتقرر به جميع الصداق كما لو قتلها غير المولى وهذا لان بالموت تنتهي مدة النكاح فان النكاح يعقد للعمر فبمضي مدته ينتهي العقد وانتهاء العقد موجب تقرير البدل والدليل عليه ان كل واحد منهما يرث من صاحبه حتى لو جرحها المولى ثم أعتقها فاكتسبت مالاثم ماتت من تلك الجراحة فان الزوج يرثها ولو مات الزوج قبلها ورثته أيضاً والتوريث انما يكون عند انتهاء النكاح بالموت وبهذا يتبين انه لم ينفسخ النكاح بينهما وسقوط المهر من حكم انفساخ النكاح وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول من له الحق في البدل اكتسب سبب فوات المعقود عليه قبل التسليم فيسقط حقه فى المطالبة بالبدل كما لو أعتقها فاختارت نفسها قبل الدخول وهذا لان القتل موت كما قال ولكن يتضمن فوات المعقود عليه فان كان المولى هو الذى اكتسب سببه يجعل التفويت محالا به اليه الا ترى ان البائع لوأتلف جزء من المبيع قبل القبض يسقط حقه فى حصته من الثمن ولو قتل العبد المبيع يسقط جميع الثمن وهذا لان القتل في الحقيقة موت باجل ولكن في حق القاتل جعل فى احكام الدنيا كانه غير الموت حتى يجب على القاتل القصاص والكفارة و لدية ان كان خطأ ومن ذبح شاة انسان بغير امره يكون ضامنا له وباعتبار موته هو محسن الى صاحب الشاة فيما صنعه غير متلف عليه شيئاً توضيحه ان المولي لوغيب أمته لم يكن له أن يطالب الزوج بصداقها فاذا أتلفها أولى أن لايكون له أن يطالب بصداقها وهذا الكلام يتضح فيما اذا باعها فى مكان لايقدر عليه الزوج فانه لافرق بين هذا وبينما اذا غيبها من غير بيع اما الميراث فنقول هذا في الحقيقة موت ولكن جعلناه اتلافا فى حق القاتل والميراث ليس للقاتل بل ذلك شئ بينها وبين الزوج وفيما بينهما هذا موت منه للنكاح ولوقتلت الحرة المنكوحة نفسها قبل أن يدخل بها الزوج لم يسقط مهرها عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يسقط لان

Maktaba Tul Ishaat.com

الحق فى المهر لها وقد فوتت المعقود عليه قبل الدخول والتسليم فصار كما لو ارتدت قبل الدخول أو قتل المولى أمته ولكنا نقول قتلها نفسها فى الاحكام كموتها ولو كانت ماتت لم يسقط مهرها وانما قلنا ذلك لان قتلها نفسها هدر فى أحكام الدنيا انما تؤاخذ به في الآخرة فاما فى الدنيا لايتعلق به شئ من الاحكام فهو كموتها بخلاف قتل المولى أمته فانه معتبر فى الاحكام حتى يتعلق به الكفارة ان كان خطأ والضمان ان كان عليها دين توضيحه ان بعد قتلها نفسها المهر لورثتها لالها ولم يوجد من الورثة ما كان تفويتاً للمعقود عليه وقد بينا ان القتل موت في حق غير القاتل فاما المهر للمولى بعد قتل الامة والتفويت وجد من جهته فان قيل ماتقول فيما اذا كان الوارث هو الذى قتلها قلنا الوارث اذا قتلها صار محروما عن الميراث ولا حق له فى الميراث هنا فلهذا لايعتبر فعله فى اسقاط مهرها وهذا بخلاف ردتها لانه معتبر فى أحكام الدنيا ولان المهر لها بعد الردة وتفويت المعقود عليه كان منها فأما الأمة اذا قتلت نفسها فعنه روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى احدى الروايتين لايسقط مهرها كالحرة اذا قتلت نفسها بل أولى لان المهر هنا لمولاها لالها وفى الاخرى يسقط مهرها كما لو ارتدت وهذا لان فعل المملوك مضاف الى المالك في موجبه ألا ترى أنها لوقتلت غيرها كان المولى هو المخاطب بدفعها أو فدائها فاذا قتلت نفسها جعل فى الحكم كان المولى قتلها فلهذا يسقط مهرها ﴿قال﴾ واذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل أنها حرة ولم يزوجها اياه ولكن الرجل تزوجها على أنها حرة فاذا هي أمة وقد ولدت له ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور وولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما وهذا لانه لم يرض برق مائه ولكن كما يعتبر حقه يعتبر حق المستحق فيكون الولد حراً بالقيمة نظراً من الجانبين ولا يرجع الزوج على المخبر بشئ لانه ما التزم له شيئاً وانما أخبره بخبر كان كاذبا فيه وذلك لايثبت حق الرجوع عليه كما لو أخبره ان الطريق آمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه ولكنه يرجع بقيمة الولد على الامة اذا أعتقت لانها غرته حين زوجته نفسها على أنها حرة وضمان الغرر كضمان الكفالة فانها ضمنت له سلامة الولد بما ذكرت من الحرية فى العقد وضمان الكفالة يجب على الامة بعد العتق ويضمن الزوج العقر للمولى ولايرجع به على أحد لانه عوض ما استوفى منها والمستوفى كان مملوكا للمولى وهو الذى نال اللذة باستيفائه ﴿قال﴾ واذا تزوجت المستسعاة في بعض قيمتها ثم

Maktaba Tul Ishaat.com

أدت السعاية فعتقت خيرت في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان المستسعاة كالمكاتبة عنده وقد بينا أن المكاتبة اذا أعتقت وقد كانت زوجت نفسها خيرت ﴿ قال ﴾ ولا يجوز نكاح الامة في عدة حرة من فرقة أو طلاق بائن أو ثلاث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله تعالى ولو كانت معتدة من طلاق رجعي لم يجز نكاح الامة في عدتها بالاتفاق فهم يقولون المحرم نكاح الامة على الحرة كما قال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة والتزوج عليها انما يتحقق اذا كان ملكه باقياً عليها وذلك بعد الطلاق الرجعي أو قبل الطلاق فأما بعد الفرقة لم يبق بينه وبينها نكاح فلا يكون متزوجا عليها كما لو كانت الحرة تعتد منه من نكاح فاسد أو وطء بشبهة فتزوج أمة يجوز والدليل على صحة هذا لو قال لامرأته ان تزوجت عليك امرأة فهي طالق فتزوج امرأة بعد ما أبانها لم تطلق بخلاف ما لو تزوجها بعد الطلاق الرجعي أو قبله فثبت أنه غير متزوج عليها بعد ما أبانها وهذا بخلاف المنع من نكاح الاخت في عدة الاخت لان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدتها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح وهذا المنع ليس لأجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحها ولكن المنع من تزوج الامة على الحرة لما فيه من ادخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المنع من نكاح الامة ثبت بنكاح الحرة وكل منع ثبت بسبب النكاح يبقى ببقاء العدة كالمنع من نكاح الاخت والاربع وهذا لان العدة حق من حقوق النكاح وحق الشئ كنفس ذلك الشئ في ابقاء الحرمة ونكاح الامة انما لا يجوز بعد الحرة لانها محرمة في هذه الحالة فتبقى تلك الحرمة ببقاء عدتها فانها محرمة مضمومة الى الحرة وفي هذا نوع ضم في فراش النكاح فاما اذا كانت الحرة تعتد من نكاح فاسد فقد قيل ان ذلك قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز وبعد التسليم يقول هناك المنع لم يكن ثابتاً بالنكاح الفاسد حتى يقال يبقى ذلك ببقاء العدة وأما مسئلة اليمين قلنا في الايمان المعتبر العرف وفي العرف لا يسمي متزوجا عليها بعد البينونة فلهذا لا تطلق فامافي ألفاظ الشرع المعتبر المعني ومعني الحرمة باق ببقاء العدة وكذلك لو تزوج مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد في عدة حرة لان الرق في هؤلاء باق وحكمهن في النكاح حكم الأمة القنة ﴿ قال ﴾ رجل تزوج خمس حرائر وأربع اماء في عقدة واحدة

Maktaba Tul Ishaat.com

جاز نكاح الاماء دون الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد عن نكاح الاماء لم يصح هنا فانهن خمس لا يمكن تصحيح نكاحهن وليس بعضهن بأولى من البعض فيلغو ضمهن الى الاماء ويبقى المعتبر نكاح الاماء وهن أربع يجوز نكاحهن للحر عندنا فلهذا جاز نكاح الاماء وكذلك ان تزوج حرة وأمة فى عقدة واحدة وللحرة زوج لان نكاح المنكوحة باطل وهذا هو الاصل انه متى كان لا يصح نكاح الحرة وحدها فضمها الى الامة وجوداً وعدما سواء فاما اذا كان يصح نكاح الحرة وحدها يتحقق ضم الحرة الى الأمة فيبطل نكاح الأمة ويجوز نكاح الحرة عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى لايجوز لان العقد واحد فاذا بطل بعضه بطل كله كما لو جمع بين اختين ولكنا نقول نكاح الحرة أقوى من نكاح الامة الا ترى انه يصح تقدم أو تأخر والضعيف لا يدفع القوى ولكنه يندفع به بخلاف الاختين فأنهما مستويتان فيندفع نكاح كل واحدة منهما بالاخرى توضيحه ان الامة من المحرمات مضمومة الى الحرة والحرة من المحللات فصار هو جامعاً بين محرمة ومحللة فيجوز العقد فى المحللة دون المحرمة ﴿ قال ﴾ واذا زوج مدبرته أو أمته أو أم ولده وبوأها مع الزوج بيتا ثم بدا له أن يردها الى خدمته كان له ذلك لان خدمتها حق المولى وهو بالتبوئة يصير كالمعير لها من زوجها فكان له أن يستردها متى شاء وكذلك لو كان شرط ذلك للزوج كان الشرط باطلا لا يمنعه من أن يستخدم أمته لان المستحق للزوج بالنكاح ملك الحل لا غير فاشتراطه شيئاً آخر غير ملزم اياه لانه لا يمكن الزامه بطريق الاستجبار فان المدة غير معلومة ولا بطريق الاعارة فان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم ﴿قال﴾ ولو تزوجها على أنها حرة ثم علم بعد ذلك أنها أمة قد أذن المولى لها فى النكاح فهى امرأته ان شاء أمسك وان شاء طلق لان ظهور رقها نوع عيب وقد بينا أن العيب لا يثبت الخيار للزوج غير أن ماولد له من ولد فيما مضى وما كان فى بطنها فهو حر لاجل الغرور وعلى الاب قيمة الولد يوم يختصمون لان الولد فى يده بصفة الامانة مالم يخاصم فانه لا يكون أعلى حالا من ولد المغصوبة وولد المغصوبة أمانة ما لم يطالب بالرد فكذلك ولد المغرور حتى اذا مات قبل الخصومة فلا ضمان على الاب فيه ولكنه انما يصير مانعاً للولد بعد الطلب وذلك عند الخصومة فلهذا تعتبر قيمته وقت الخصومة وهذا اذا تبين أنها أمة أو مدبرة وكذلك اذا تبين أنها أم ولد في ظاهر الرواية وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى

Maktaba Tul Ishaat.com

لا تجب قيمة الولد هنا لان ولد أم الولد كامه لاقيمة لرقه حتى لا يضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فكذلك بالمنع بعد الطلب وجه ظاهر الرواية أن الولد انما يصير كأمه اذا ثبت فيه حق أمية الولد وذلك بعد ثبوت الرق فيه وهنا علق الولد حر الاصل فلم يثبت فيه حق أمية الولد ولو تبين أنها مكاتبة في ظاهر الرواية الجواب كذلك وروي الحسن عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهم الله تعالى أنه لا يضمن قيمة الولد هنا لانه لوضمن انما يضمن لها وهي انما تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها فني حرية ولدها يحصل بعض مقصودها فلا يجب الضمان ولانه لو رجع لرجع عليها بما ضمن لأن الغرور كان منها فلا يكون مفيداً شيئاً وجه ظاهر الرواية أن السبب الموجب لضمان قيمة ولد الغرور وقد تقرر هنا ورجوعه عليها يكون بعد العتق وهي تستوجب الضمان عليه للحال فكان مفيداً وانما يرجع على الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة بقيمة الولد بعد العتق لما بينا ان ضمان الغرور كضمان الكفالة وضمان الكفالة فى حق هؤلاء مؤخر الى ما بعد العتق ﴿قال﴾ ولو مات الولد وترك مالا فماله لابيه بحكم الارث ولا ضمان على الاب فيه لما بينا أن المنع بعد الطلب لم يتحقق منه ولو قتل الولد يأخذ الاب ديته وكان عليه قيمته لانه سلم له بدل نفسه وحكم البدل كحكم المبدل فيتحقق به المنع بعد الطلب فلهذا كان عليه قيمته وكذلك لو ضرب انسان بطنها فألقت جنينا ميتاً كان على الضارب خمسمائة درهم بدل الجنين الحر لانه علق حر الاصل وعلى الاب نصف عشر قيمته للمولى ان كان ذكر أو عشر قيمتها ان كانت أنثى لان حق المستحق فى جنين الامة فلا يغرم له الاب الا بدل جنين الامة وان سلم له بدل جنين الحرة كما لو قتل بعد الانفصال ﴿قال﴾ ولو مات الأب وبقي الولد أخذ المولى قيمته من تركة الأب ولا يرجع بها بقية الورثة فى حصة الولد لان المنع قد تحقق وذلك موجب ضمان القيمة على الأب فيستوفى من تركته بعد موته وقضاء دين الأب لايكون على بعض الورثة دون البعض فلهذا لا يرجعون في حصته وان لم يترك الأب شيئاً لم يؤخذ الولد بشئ كما لا يؤخذ بسائر ديون الأب وكذلك الجواب ان كان مولى الجارية عماً للولد لان عتق الغلام هنا ليس باعتبار القرابة بل بالغرور فانه علق حر الاصل والعتق بالقرابة انما يكون بعد ثبوت الملك للعم فيه فلهذا كان العم فيه وغيره فى هذا سواء ﴿قال﴾ وان كانت تزوجت بغير اذن المولى أخذها المولى وعقرها والجواب فى قيمة الولد على ما بينا وان كان الذى غره غير الأمة

بان زوجها منه حر على انها حرة فهذا وما تقدم سواء الا ان الأب يرجع بقيمة الولد على المزوج فى الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة والحر يؤاخذ بضمان الكفالة فى الحال وان كان الذى غره فيها عبداً أو مدبراً أو مكاتباً فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا سواء كان العبد مأذوناً أولم يكن لان المأذون انما يؤاخذ بضمان التجارة فى الحال لابضمان الكفالة فيتأخر الى عتقهم الا ن يكون المولى أمر العبد أو المدبر بذلك فحينئذ يؤاخذ به فى الحال لان كفالة العبد باذن المولى موجب للضمان عليه فى الحال فاما المكاتب لايؤاخذ به حتى يعتق سواء فعله باذن المولى أو بغير اذنه لان المولى ليس له حق التصرف فى كسبه فلا يعتبر اذنه فيه وان كان المتزوج المغرور عبداً أو مدبراً أو مكاتباً بأن تزوج أحد من هؤلاء باذن المولى امرأة على انهاحرة فولدت له ثم ظهر أنها أمة فالولدرقيق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله تعالى نص على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الدعوى وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله تعالى الولد حر بقيمته على الأب اذا عتق ويرجع بذلك على الذي غره وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن السبب الموجب للحرية الغرور واشتراط الحرية فيها عند النكاح وهذا يتحقق من الرقيق كما يتحقق من الحر وكما يحتاج الحر الى حرية الولد فالمملوك محتاج الى ذلك بل حاجته أظهر لانه ربما يتطرق به الى حرية نفسه توضيحه أنه لا معتبر برق الزوج وحريته فى رق الولد بل المعتبر فيه جانب الأم ألا ترى أن الحر اذا تزوج أمة وهو يعلم بحالها كان ولده رقيقاً فاذا كان المعتبر رق الأم وقد سقط اعتبار رقها فى حق الولد عند اشتراط الحرية اذا كان الزوج حراً فكذلك اذا كان الزوج عبداً لان ما شرط من الحرية يجعل كالمتحقق فى حرية الولد فأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله تعالى قالا هذا الولد مخلوق من ماء رقيقين فيكون رقيقاً وهذا لأن الولد متفرع من الاصل فانما يتفرع بصفة الأصل واذا كان الاصلان رقيقين لا تثبت الحرية للولد من غير عتق وأما اذا كان الزوج حراً فقد ثبت حرية الولد هناك باتفاق الصحابة رضى الله عنهم بخلاف القياس وهذا ليس فى معنى ذاك لان ماء الرجل هناك بصفته حرٌ فانه جزء منه وانما يصير رقيقا باتصاله برحم الامة فتأثير الغرور فى المنع من ثبوت الرق في مائه بالاتصال برحم الامة وهنا ماء العبد رقيق كنفسه فالحاجة الى إثبات الحرية لمائه ومايصلح لابقاء ما كان على ما كان لايصلح لايجاب مالم يكن يوضحه ان

الحاجة

Maktaba Tul Ishaat.com

الحاجة هناك الى الترجيح عند التعارض لان اعتبار جانب مائه يوجب حرية الولد واعتبار جانب
مائها يوجب رق الولد فجعلنا الغرور دليلا مرجحا وهنا الحاجة الى اثبات الحرية دون الترجيح
ومايصلح مرجحا لا يصلح موجبا توضيحه أن هناك تثبت حرية الولد بضمان قيمته على الاب
في الحال فيندفع الضرر به عنه وهنا لو ثبتت حرية الولد انما تثبت بضمان قيمته بعد العتق
فيتضرر به المستحق في الحال فاذا ثبت أن هذا ليس فى معنى المنصوص وجب الرجوع فيه
الى الاصل فكان الولد رقيقا بمنزلة أمه ثم على قول محمد رحمه الله تعالى ان كان التزوج من
هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر فى الحال وان كان بغير اذن السيد فعليهم قيمة الولد
والمهر بعد العتق لان كل دين وجب على المملوك بسبب مأذون من جهة المولى يؤاخذ به في
الحال وكل دين وجب عليه بسبب غير ماذون فيه فانما يؤاخذ به بعد العتق ﴿ قال ﴾ واذا
تزوجها وهو يعلم أنها أمة أو تزوجها وهو يحسب أنها حرة ولم يغره فيها أحد فأولاده أرقاء
لان هذا ظن منه والظن لا يغنى من الحق شيئاً ولان الموجب لحرية الولد الغرور ولم يتحقق
الغرور هنا ولو كانت أمة بين رجلين زوجها أحدهما من رجل ودخل الزوج بها فللآخر أن
يبطل النكاح لان المزوج لا يملك الا نصفها وملك نصف الامة ليس بسبب لولاية التزويج
فلم ينفذ عقده عليها وقد تناول عقده نصيب الشريك فكان له أن يفسخ عقده دفعا الضرر
عن نفسه وقد سقط الحد عن الزوج لشبهة النكاح فيجب المهر عليه الا أن فى نصيب
المزوج يجب الاقل من نصف المسمى ومن نصف مهر مثلها لانه راض بالمسمى ورضاه
صحيح فى نصيب نفسه فاما فى نصيب الشريك يجب نصف مهر المثل بالغا مابلغ لانه لم يرض
بسقوط شئ من حقه وان كان ابطال النكاح قبل الدخول فلامهر لواحد منهما سواء خلا
بها الزوج أو لم يخل لان الخلوة انما تعتبر في النكاح الصحيح وهذا العقد لم يكن صحيحا فلا
تعتبر الخلوة فيه ﴿قال﴾ واذا زوج أمة ابنه الصغير فذلك جائز وكذلك الوصي اذا زوج أمة
اليتيم وكذلك المكاتب اذا زوج أمته وكذلك المفاوض اذا زوج أمة من الشركة لان
تزويج الامة من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها عنه وهؤلاء
الاربعة يملكون الاكتساب أما المكاتب فهو منفك الحجر عنه فى اكتساب المال وأما
الاب والوصى فنهما أمرا بالنظر للصغير وعقدا كتساب المال من النظر وأما المفاوض فان
المتفاوضين انما عقدا المفاوضة لاكتساب المال ولا يملك هؤلاء تزويج العبد لانه ليس فيه

Maktaba Tul Ishaat.com

اكتساب المال بل فيه تعييب العبد وشغل ذمته بالمهر والنفقة من غير منفعة لهم فى ذلك
﴿قال﴾ ولو زوج الاب أو الوصى أمة الصبي من عبده لا يجوز ذلك أيضا نص عليه فى المأذون
وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز لانه لاضرر فيه على الصبي فان المهر لا يجب بهذا
العقد ونفقتهما عليه بعد النكاح كما كانا قبله وفيه منفعة الصبي من حيث النسل فيجوز ذلك
من الاب والوصى كانزاء الفحل من مال الصبي على أتانه ووجه ظاهر الرواية أن فى هذا تعييبا لهما لان
النكاح عيب في العبيد والاماء جميعا ومنفعة النسل موهومة والمنفعة الموهومة لا تكون جائزة للضرر
المتحقق فلهذا لا يصح هذا العقد منهما وأما العبد المأذون أو المضارب أو الشريك شركة عنان
اذا زوج واحد منهما الامة لم يجز ذلك فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي
يوسف رحمه الله تعالى يجوز لانه عقد اكتساب المال وهؤلاء يملكون ذلك ولان المستوفى
بالوطء في الحقيقة منفعة ولهذا سمي الله تعالى المهر أجرا وهؤلاء يملكون الاجارة فكذلك
يملكون التزويج وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا المأذون انما كان منفك الحجر عنه
فى التجارة والتزويج ليس من جملة التجارة فان التجار لا يعتادون اكتساب المال بتزويج
الاماء والدليل عليه أن المرأة لو زوجت نفسها من رجل بعبد ونوت التجارة عند العقد لا يصير
العبد به للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لصار العبد به للتجارة فان نية التجارة متى
اقترنت بعمل التجارة يصير للتجارة واذا لم يكن النكاح من التجارة فلا يملكه هؤلاء
كالكتابة وبه فارق الاربعة التى تقدمت فان أولئك يملكون الكتابة فعرفنا أن تصرفهم
غير مقصور على التجارة وهؤلاء الثلاثة لا يملكون الكتابة فعرفنا أن تصرفهم مقصور على
التجارة ولا شك أن هؤلاء الثلاثة لا يزوجون العبد لان تزوج العبد ليس من الاكتساب
ولا من التجارة ﴿قال﴾ واذا تزوج الحر أمة ابنه جاز النكاح عندنا ولا يجوز عند الشافعى
رحمه الله تعالى وقيل هذا بناء على الاصل الذى تقدم أن عنده لا يجوز للحر نكاح الامة الا
عند عدم طول الحرة وعلى الابن أن يعف أباه فيستغنى به عن نكاح الامة ولكن هذا ليس
بصحيح فانه لو تزوج أمة غيره صح النكاح اذا لم يكن فى ملكه ما يتزوج به الحرة والاصح
أن هذه مسئلة مبتدأة فوجه قوله أن للاب حق الملك فى مال ولده حتى لو وطئ جارية ابنه مع
علمه بحرمتها لا يلزمه الحد فلا يجوز له أن يتزوجها كالمولى اذا تزوج أمة من كسب مكاتبه بل
أولى لان حق الملك في مال والده أظهر ألا ترى أن استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاد

Maktaba Tul Ishaat.com

المولى أمة مكاتبه لا يصح توضيحه أن الولد كسبه قال صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فجارية الابن كسب كسبه فلا يملك التزوج كأمة عبده ولكنا نقول ليس له في جارية ولده ملك ولا حق ملك فيجوز له ان يتزوجها كأمة أبيه وأخيه وانما قلنا ذلك لانه يحل للابن ان يطأ جاريته بالاتفاق ولو كان لابيه فيها حق الملك لم يحل له وطئها كالمكاتب فانه لا يحل له ان يطأ أمته لما كان للمولى فيها حق الملك فاما سقوط الحد فليس لقيام حق الملك له فى الجارية ولكن لظاهر الاضافة فى قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وهذا الظاهر وان كان لم يكن معمولا به في ايجاب ملك أو حق ملك له فيها يصير شبهة فى اسقاط الحد كالبيع بشرط الخيار لا يوجب الملك ولا حق الملك للمشترى ثم يسقط الحد به وكذلك العقد الفاسد من نكاح أو بيع قبل القبض والولد وان كان كسبا له فهو كسب حر فلا يثبت له حق الملك فى كسبه بمنزلة مال المعتق لا حق للمعتق فيه وان كان المعتق كسبا له لانه كسب حر فاما صحة الاستيلاد ليس باعتبار حق الملك له فيها بل بولاية التملك عند الحاجة وتقرر حاجته الى صيانة مائه كيلا يضيع نسله فان تزوجها فولدت له ولداً كان الولد حراً لان الولد يتبع الأم في الملك فولى الجارية هنا ملك أخاه فيعتق عليه بالقرابة ولا تصير الجارية أم ولد له عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى تصير أم ولد له وكذا اذا استولدها بنكاح فاسد أو وطء بشبهة عندنا لا تصير أم ولد له خلافا لزفر رحمه الله تعالى وحجته انه لو استولدها بفجور صارت أم ولد له فاذا استولدها بنكاح أو بشبهة نكاح أولى ان تصير أم ولد له ولكنا نقول اذا استولدها بغير شبهة فهناك يصير متملكا لحاجته الى ذلك كيلا يضيع ماؤه فان اثبات النسب غير ممكن بدون التملك لانه ليس له فيها ملك ولا حق ملك فاذا تملكها سابقا على الاستيلاد كان الاستيلاد فى ملك نفسه فلهذا صارت أم ولد له وهنا غير محتاج الى تملكها لاثبات النسب بل النكاح أو شبهة النكاح يكفي لذلك فلم يصر متملكا لها فلهذا لا تصير أم ولد له ﴿قال﴾ ولو كان الابن هو الذى تزوج أمة ابيه بتزويج الاب اياها منه جاز النكاح فاذا ولدت فالولد حر لان الاب ملك الابن امته ولا تصير الجارية أم ولد له لانه لا ملك له فيها وان كان الابن وطئها بغير نكاح أو شبهة نكاح لم يثبت نسبه منه وان ادعاه لانه ليس له حق التملك فى جارية أبيه ولكن لا حد عليه ان قال ظننت انها تحل لى وان قال علمت انها على حرام فعليه الحد لان

عند الظن اشتبه عليه ما يشتبه فيسقط الحد به وعند العلم بالحرمة لاشبهة له في المحل حقيقة ولا صورة ولم يشتبه عليه أمرها فلزمه الحد وان صدقه الاب في انه وطئها وان الولد منه عتق الولد باقراره لانه اذا ملك ابنه من الزناء عتق عليه فكذلك اذا ملك ابن ابنه من الزنا ولكن لايثبت النسب لما بينا بخلاف الأب اذا كان هو الذى استولد جارية ابنه فانه لاحاجة الى تصديق الولد لان الاب له ولاية تملك جارية الابن فانما يكون مستولداً لها فى ملك نفسه ولهذا ضمن قيمتها لابنه وليس للابن هذه الولاية فى جارية أبيه فلهذا لايعتق الولد الا اذا صدقه الاب فيه ﴿قال﴾ ولايتزوج العبد أكثر من اثنتين وقال مالك رحمه الله تعالى له أن يتزوج أربعا لان الرق لايؤثر فى مالكية النكاح حتى لايخرج من أن يكون أهلا لملك النكاح ومالا يؤثر فيه الرق فالعبد والحر فيه سواء كملك الطلاق وملك الدم فى الاقرار بالعقود ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله عنه قال لايتزوج العبد أكثر من اثنتين ولان الرق مؤثر في تنصيف ماكان متعدداً فى نفسه كالجلدات فى الحدود وعدد الطلاق واقراء العدة وهذا لان ملك النكاح مبنى على الحل الذى يصير به أهلا للنكاح وذلك الحل يتسع بزيادة الفضيلة ويتضيق بنقصان الحال ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان كان مخصوصا باباحة تسع نسوة لفضيلة النبوة التى اختص بها فكان الحل في حقه متسعا لتسع نسوة ولايجوز لاحد غيره أكثر من أربع نسوة فكذلك يتسع الحل لفضيلة الحرية فيتزوج الحر أربعاً ولا يتزوج العبد الا اثنتين يوضحه أن الرق ينصف الحل ألا ترى أن في جانب الامة يتنصف حلها بالرق حتى ان ماينبنى على الحل وهو القسم يكون حالها فيه على النصف من حال الحرة وكذلك مايجب على المستوفى لهذا الحل بغير طريقه وهو الحل يتنصف بالرق حتى يجب على العبد بالزنا خمسون جلدة وعلى الحر مائة جلدة واذا ثبت أن الحل يتنصف بالرق وعليه ينبنى عدد المنكوحات فقلنا حال العبد فيه على النصف من حال الحر فيتزوج ثنتان الحرتان والامتان فى ذلك سواء والشافعي رحمه الله تعالى هنا لايخالفنا لان في حق العبد نكاح الامة أصل وليس ببدل اذ ليس فيه تعريض شئ للرق فانه رقيق بجميع أجزائه فلهذا جوز له نكاح الأمتين وعلى هذا الاصل يقول الشافعي رضى الله تعالى عنه للعبد أن يتزوج أمة على حرة ولكنا نقول لايجوز لان الامة ليست من المحللات مضمومة الى الحرة في حق الحر فكذلك في حق العبد والمدبر والمكاتب وابن أم الولد فى هذا كالعبد

Maktaba Tul Ishaat.com

لان الرق المنصف للحل فيهم قائم ﴿قال﴾ ولا يجوز للعبد أن يتزوج بغير اذن مولاه عندنا
وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يجوز لان الرق لم يؤثر فى مالكية النكاح فيستبد العبد به
كالطلاق وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بظاهر قوله تعالى ضرب الله مثلا عبداً مملو كا
لايقدر على شئ والنكاح شئ فلا يملكه العبد بنفسه ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله تعالى
عنه قال ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والمعنى فيه ان في النكاح تعييبه وفيه شغل
ماليته بالمهر والنفقة وماليته ملك مولاه فلا يملك شغل ذلك بتصرفه بغير اذن المولى يوضحه
أنه لو باع رقبته أو رهنه بمال لم يجز وان كان منفعة ذلك ترجع الى المولى فاذا تزوج ولا
منفعة فى عقده للمولى أولى أن لا يجوز وكذلك المدبر وابن أم الولد والمكاتب لايتزوج
أحد من هؤلاء بغير اذن المولى لان الرق الموجب للحجر فيهم فان اذن المولى لهم في ذلك
جاز العقد فان المولى لو باشر تزويجهم جاز فكذلك اذا أذن لهم فيه الا أن فى المكاتب يحتاج
الى رضاه اذا باشره المولى فان أذن له المولى فباشره المكاتب يجوز أيضاً وهذا بخلاف
تزويج الامة فان المكاتب يزوج أمته بغير رضا المولى لان أمته غير مملوكة للمولى وتزويجها
من عقود الاكتساب فيملكه المكاتب فاما تزويجه لنفسه ليس من عقود الاكتساب
ورقبته مملوكة للمولى وعلى هذا لو أن المكاتبة زوجت أمتها جاز ذلك ولو تزوجت بنفسها
لم يجز الا باذن المولى لقيام ملك المولى فى رقبتها ﴿قال﴾ ولو تزوج العبد بغير اذن مولاه
فأجازه جاز لان الاجازة فى الانتهاء كاذنه في الابتداء فان طلقها العبد ثلاثا بعد اجازة
المولى طلقت ثلاثا ولم يجز للعبد أن يتزوج حتى تنكح زوجا غيره لان النكاح لما صح كان
العبد فى ايقاع الطلاق عليها كالحر ولو طلقها ثلاثا قبل اجازة المولى النكاح لم يقع النكاح
ولكن يكون هذا متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يختص بنكاح صحيح ونكاحه بغير
اذن المولى لم يكن صحيحا فلا يقع الطلاق ولكن ايقاع الطلاق يؤثر في ازالة الحل عن المحل
وايقاع الفرقة اذا كان صحيحا فاذا لم يكن النكاح نكاحا صحيحا فلا يؤثر في هذين الحكمين
ولكن يؤثر فى رفع الشبهة حتى لو وطئها قبل الطلاق لايلزمه الحد ولو وطئها بعد الطلاق
يلزمه الحد وان لم يجز المولى ذلك العقد ولكن أذن له أن يتزوجها ابتداء فلا بأس بأن
يتزوجها لان حرمة المحل بوقوع التطليقات على المحل ولم يقع هنا فلا بأس بأن يتزوجها
كالصبي والمجنون اذا طلق امرأته ثلاثا لايثبت به حرمة المحل ولان النكاح لما لم يصح كان

Maktaba Tul Ishaat.com

هذا طلاقاً قبل النكاح وقال عليه الصلاة والسلام لا طلاق قبل النكاح ولو أجاز المولى ذلك النكاح فاجازته باطلة لان الاجازة انما تعمل فى حال توقف العقد وقد ارتفع العقد بما أوقعه العبد لانه يستبد بالطلاق لو أوقعه فى نكاح صحيح ارتفع النكاح فاذا أوقعه فى العقد الموقوف أولى أن يرتفع العقد به فان أذن له أن يتزوجها بعد هذا كرهت له أن يتزوجها ولو فعل لم يفرق بينهما فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يكره ذلك وجه قوله ظاهر فان الطلاق غير واقع على المحل وحرمة المحل باعتبار وقوع الطلاق ولان اجازة المولى للعقد باطل فوجوده كعدمه ولو لم يجز العقد كان له أن يتزوجها باذنه فكذلك بعد اجازته وجه قولهما ان الطلاق تصرف ينبني على النكاح واجازة العقود يتضمن اجازة ماينبنى عليه فاعتبار هذا المعني يوجب نفوذ الطلاق وحرمة المحل فجعلناه معتبراً في الكراهة وان لم يكن معتبراً في حقيقة حرمة المحل ولكن هذا على أصل محمد رحمه الله تعالى غير صحيح فان عنده المشترى من الغاصب اذا أعتق ثم أجاز المولى لا ينفذ عتقه وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى انما يصح هذا ان لو كان الطلاق يتوقف على أجازة المولى وقد بينا ان طلاق العبد لا يتوقف على اجازة المولى لكن الوجه فيه أن نقول الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء والاذن فى الابتداء لو كان موجوداً تثبت به حرمة المحل حقيقة فكذلك بوجود صورة الاجازة فى الانتهاء تثبت الكراهة توضيحه أن العبد أهل للنكاح فى حق نفسه ولهذا لو أعتق قبل اجازة المولى نفذ نكاحه فاعتبار هذا الجانب يوجب نفوذ طلاقه واعتبار جانب حق المولى يمنع نفوذ طلاقه فلتعارض الادلة قلنا لا تثبت الحرمة حقيقة ولكن تثبت صفة الكراهة احتياطاً لانه ان ترك نكاح امرأة تحل له كان خيراً له من أن يتزوج امرأة لا تحل له ﴿قال﴾ واذا تزوج العبد حرة بغير اذن مولاها ثم أعتقه المولى جاز النكاح لانه مخاطب له قول ملزم وانما امتنع نفوذ نكاحه لحق مولاه فاذا أسقط المولى حقه بالعتق فينفذ النكاح لزوال المانع وكذلك لو باعه فاجاز المشترى لان المشترى قام مقام البائع فى ملكه رقبته فكذلك في إجازة عقده وهذا لانه ماطرأ بالبيع حل نافذ على الحل الموقوف فان العبد لا يحل للمشترى فلهذا كانت اجازته كاجازة البائع وعند زفر رحمه الله تعالى لا ينفذ باجازة المشترى وقد بينا هذا وكذلك لو أجاز وارثه بعد موته ﴿قال﴾ ولو أذن لعبده فى النكاح لم يملك ان يتزوج الا امرأة واحدة عندنا وعند الشافعى رحمه الله

Maktaba Tul Ishaat.com

تعالى له أن يتزوج اثنتين وهذا بناء على الاصل الذى تقدم بيانه ان النكاح مملوك للمولى على عبده عندنا حتى يزوجه من غير رضاه فيكون العبد فيه نائباً عن مولاه فهو كالحر يأمر غيره ان يزوجه فلا يزوجه بمطلق الوكالة الا امرأة واحدة وعندهما النكاح غير مملوك للمولى على عبده ولكن العبد هو المالك له الا انه لا ينفذ منه بدون اذن المولى لان ضرره يتعدى الى حق المولى فاذا أذن المولى له فى ذلك فقد رضى بالتزام هذا الضرر وأسقط حق نفسه فكان للعبد أن يتزوج اثنتين ولو تزوج امرأتين فى عقدة لا يجوز نكاح واحدة منهما الا في قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول فانه يقول يجوز نكاح إحداهما والبيان فيه الى العبد بمنزلة من وكل وكيلا ان يزوجه امرأة فزوجه امرأتين عنده يصح نكاح إحداهما والخيار الى الزوج وقد تقدم بيان هذه المسئلة فان قال المولى عنيت نكاح امرأتين جاز نكاحهما لانه لو أجاز نكاح امرأتين جاز فكذلك اذا قال نويت ذلك عند الاذن لان المنوى من محتملات لفظه وهو غير متهم فى هذا البيان ﴿ قال ﴾ واذا أذن له ان يتزوج واحدة فتزوجها نكاحا فاسداً ودخل بها أخذ بالمهر فى حالة الرق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يؤخذ به حتى يعتق وأصل المسئلة ان عندهما اذن المولى لعبده فى النكاح ينصرف الى العقد الصحيح دون الفاسد لان مقصوده تحصيل العفة به للعبد وذلك انما يحصل بالعقد الصحيح دون الفاسد واستدلا بما لو حلف أن لا يتزوج ينصرف يمينه الى العقد الصحيح دون الفاسد فعرفنا به ان الفاسد ليس بنكاح فلا يتناوله اذن المولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الفساد والصحة صفة العقد والاذن من المولى فى أصل العقد فلا يتقيد بصفة دون صفة كالاذن فى البيع والشراء للوكيل أو للعبد يتناول الفاسد والصحيح جميعاً وهذا لان بعض المقاصد يثبت بالعقد الفاسد نحو النسب والمهر والعدة عند الدخول وهذا لو حلف أنه ما تزوج في الماضى وقد كان تزوج فاسداً أو صحيحاً كان حانثاً في يمينه وفى المستقبل انما حملناه على العقد الصحيح لدلالة العرف فان الايمان تبنى على العرف فأما هنا اعتبار اذن المولى لدفع الضرر عنه وذلك يعم العقد الصحيح والفاسد اذا عرفنا هذا فنقول عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا دخل بها بالنكاح الفاسد فقد لزمه المهر بسبب كان مأذونا فيه من جهة المولى فيؤاخذ به فى الحال وعندهما اذن المولى لا يتناول العقد الفاسد فانما لزمه المهر بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى فيتأخر الى ما بعد العتق

Maktaba Tul Ishaat.com

وعلى هـذا لو تزوجها نكاحا صحيحا بعـد هذا يجوز عنـدهما لان حكم اذن المولى ماانتهى بالعقد الفاسد فيكون مباشراً العقد الثاني باذنه وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لايصح العقد الثاني لان حكم اذن المولى انتهى بالعقد الاول فيحتاج في العقد الثاني الى اذن جديد ﴿قال﴾ واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه ودخل بها ثم أجاز المولى ذلك النكاح فعليه مهر واحد وهو الذي سماه لها استحساناً لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وفي القياس عليه مهران مهر المثل بالدخول والمسمي بنفوذ العقد بالاجازة وقد بينا نظير هذا في جانب الأمة فهو كذلك في العبد وعلى هذا لو أعتقه المولى حتى نفذ العقد بعد عتقه ﴿قال﴾ واذا تزوج المكاتب بغير اذن السيد أو العبد أو المدبر ودخل بها ثم فرق بينهما السيد فلا مهر عليـه حتى يعتق لان النكاح في حق المكاتب ليس من عقود التجارة ولا من اكتساب المال والمهر عند الدخول انما يجب بسبب ذلك العقد فاذا لم يكن عقد الكتابة متناً ولا لذلك العقد يتأخر المال الواجب بسببه الى مابعد العتق وهذا بخلاف جناية المكاتب فان موجبـه في كسبه يثبت في الحال لان وجوب ذلك باعتبار الفعل والرق لايؤثر في الحجر عن الافعال وأما وجوب المهر هنا باعتبار العقد لان الدخول بدون العقد غير موجب للمهر ولانها راضية بهذا الدخول فلهذا يتأخر الواجب الى مابعد العتق بمنزلة المال الواجب عليه بسبب الكفالة ﴿ قال ﴾ واذا زوج الرجل عبده أمته بشهود فهو جائز ولا مهر لها عليـه لان المهر لو وجب كان للمولى وانما يجب في مالية العبد وماليته مملوكة للمولى فلا فائدة في وجوبه أصلا وقد بينا ان على طريق بعض أصحابنا يجب ابتداء لحق الشرع ثم يسقط لقيام ملك المولى في رقبة الزوج فان كان العبد نصرانياً أذن له مولاه في التزوج فأقامت عليه امرأة نصرانية شاهـدين من النصارى انه تزوجها وهو جاحد أجزت ذلك عليه لان الخصم هو العبد الا ترى انه لو أقر بهذا النكاح ثبت باقراره فكذلك يثبت بشهادة النصارى عليه لانه نصراني الا ترى انهم لو شهدوا عليه ببيع أو شراء وهو مأذون له في التجارة كانت الشهادة مقبولة فكذلك بالنكاح فان قيـل النكاح مملوك للمولي على العبد فهذه الشهادة انما تقوم على المولى وهو مسلم قلنا أصل العقد مملوك للمولى عليـه ولكن حكمه وهو ملك الحل يثبت للعبد والشهود انما يشهدون لها بذلك على العبد فلهذا اعتبرنا فيه دين العبد وقلنا لو كان المولى كافراً والعبـد مسلماً لم تجز شهادتهما لانها تقوم على العبد وهو مسـلم وشهادة الكافر ليس بحجـة على المسلم ﴿ قال ﴾

ولا

Maktaba Tul Ishaat.com

ولا يحل للعبد ان يتسرى وان أذن له مولاه عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يحل لان ملك المتعة يثبت بطريقين اما عقد النكاح أو التسرى فاذا كان العبد أهلا لملك المتعة بأحد الطريقين وهو النكاح فكذلك بالطريق الآخر بل أولى لان ملك المتعة الذى يثبت بالنكاح أقوى مما يثبت بملك اليمين وحجتنا في ذلك قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم وهذه ليست بزوجة له ولا مملوكة له وعن ابن عمر رضى الله عنه قال لايحل فرج مملوكة الا لمن اذا أعتق أو وهب جاز والعبد لايجوز عتقه ولا هبته فلا يحل الفرج له بملك اليمين وهذا لان العبد مملوك مالا فلا يجوز ان يكون مالكا للمال لما بين المالكية والمملوكية من المنافاة وملك المتعة لايثبت الا بثبوت سببه فاذا كان سببه وهو ملك الرقبة لايثبت فى حق العبد فكذلك حكمه بخلاف النكاح ولان العبد ليس باهل لملك المال قبل اذن المولى ولا تأثير للاذن في جعل من ليس بأهل أهلا وانما تأثير اذن المولى فى اسقاط حقه عند قيام أهلية العبد فكان ينبغى ان لايجعل العبد أهلا لملك المتعة أصلا لان بين المالكية والمملوكية منافاة ولكن الشرع جعله أهلا لملك المتعة بسبب النكاح لضرورة حاجته الى قضاء الشهوة وابقاء النسل وهذه الضرورة ترتفع بثبوت الحل له بالنكاح فلا حاجة هنا الى ان نجعله أهلا لملك المتعة بسبب ملك الرقبة وكذلك المدبر والمكاتب والمستسعي فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب ﴿قال﴾ ولو ان عبداً بين رجلين زوجه أحدهما بغير اذن الآخر لم يجز لما بينا ان ولاية النكاح انما تستفاد بملك رقبة العبد وكل واحد منهما غير مالك لما يسمى عبداً ﴿قال﴾ ولايحل للعبد ان يتزوج مولاته ولا امرأة لها في رقبته شقص عندنا وعلى قول نفاة القياس رضى الله عنهم يجوز وكذلك الحر اذا تزوج أمته أو أمة له فيها شقص فهو على هذا الخلاف واستدلوا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء وبقوله فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وانكحوا الأيامى منكم الآية فانما خاطب الله تعالى الموالى بانكاح الاماء لا بنكاحهن ولان العبد اذا تزوج بمولاته فهى تستوجب عليه النفقة بالنكاح وهو يستوجب عليها النفقة بملك اليمين فيتقاصان ويموتان جوعاً وفى هذا من الفساد مالا يخفي والحر اذا تزوج أمته فهذا العقد غير مفيد لان موجب النكاح ملك الحل ومحل الحل ثابت له تبعا لملك الرقبة ولان النكاح انما شرع فى الاصل لضرورة الحاجة اليه وعند ملكه رقبتها لاحاجة فلم يكن

مشروعا أصلا ثم قيام الملك فى شقص منها ينزل منزلة قيام الملك فى جميعها فى حرمة النكاح احتياطاً وان كان لا ينزل منزلة ذلك فى حل الوطء وعلى هذا لو تزوج مكاتبته فالنكاح باطل لقيام الملك له في رقبتها وان كان هو ممنوعا من وطئها بسبب الكتابة فان وطئها كان لها المهر بمنزلة مالو وطئها قبل النكاح وهذا لان الحد يسقط للشبهة فيجب المهر وهى بعقد الكتابة صارت أحق بنفسها ومكاسبها والمستوفي بالوطء في حكم جزء من عينها ولو قطع المولى يدها كان الارش لها فكذلك اذا وطئها ألا ترى أن الواطئ لو كان غير المولى كان المهر لها فان عتقت بعد هذا النكاح لم يجز ذلك النكاح لانه تعين فيه جهة البطلان لملكه رقبتها فلا ينقلب صحيحا وان زال ذلك الملك وكذلك ان تزوج المكاتب مولاته ودخل بها فعليه المهر لسقوط الحد بشبهة النكاح ولا يجوز النكاح وان عتق لما قلنا وان تزوج المكاتب أو العبد بنت مولاه باذنه جاز النكاح لانه لا ملك لها فى رقبته ولا حق ملك مادام الاب حيا فان مات المولى فسد نكاح العبد لانها ملكت رقبة زوجها ارثا وملكها رقبة الزوج لو اقترن بالنكاح منع صحة النكاح فاذا طرأ على النكاح يرفع النكاح أيضا لان المنافى يؤثر سواء كان طارئا أو مقارنا فأما نكاح المكاتب لا يفسد بموت المولى عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يفسد وهو بناء على أن رقبة المكاتب لا تورث عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى تورث وأصل المسئلة ان المشغول بحاجة المورث لا يملكه الوارث عندنا كالتركة المستغرقة بالدين والمكاتب أيضا مشغول بحاجته وعند الشافعي رحمه الله تعالى كل ما كان مملوكا للمورث فاذا لم يخرج بموته من أن يكون مملوكا للمورث يصير مملوكا لوارثه وحجته على سبيل الابتداء فى هذه المسئلة انها لو تزوجت به ابتداء بعد موت المولى لا يصح النكاح فكذا لا يبقى النكاح كما فى العبد وتقريره أن الوارث خلافة ورقبة المكاتب كانت مملوكة للمولى فيخلفه وارثه فيه بعد الموت ألا ترى أنه لو عجز كان مملوكا للوارث وعجزه ليس بموجب ملك الرقبة للوارث ابتداء فعرفنا أنه كان مالكا قبل ذلك وحجتنا في ذلك أن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذلك لا يملك بالارث كالمدبر والدليل عليه انه لو أدى بدل الكتابة كان ولاؤه للمولى وانما يثبت الولاء لمن يعتق على ملكه فتبين بهذا أنه باق على ملك المولي لحاجته الى ذلك واستحقاقه ولاءه بعقد الكتابة ولهذا يملك بعد العجز لان المانع حق المولي وقد زال فيكون ذلك السبب عاملا فى ايجاب الملك بعد زوال المانع وأما اذا تزوجت

به ابتداء بعد موت المولى انما لا يجوز لانه ثبت لها حق أن تملك رقبته عند زوال المانع وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع بقاءه ولهذا لو اشترى المكاتب امرأة مولاه لا يفسد النكاح ولو تزوج أمة مكاتبه لا يجوز وكذلك لو اشترى المكاتب امرأة نفسه لا يفسد النكاح ولو تزوجها ابتداء لم يصح وكذلك لو كفل رجل عن المكاتب بمال لابن مولاه فهو جائز فان مات أبوه كانت الكفالة على حالها ولو كفل له بمال مستقبل عنه بعد موت أبيه لم يجز ومن غير هذا الباب العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء والاباق يمنع ابتداء البيع ولا يمنع البقاء فالقياس فى هذا كثير واذا ثبت بقاء النكاح قلنا ان أعتق المكاتب فهى امرأته لانه بالعتق ازداد بعداً عنها وان عجز ورد فى الرق بطل النكاح ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها لان بطلان النكاح بتقرر المنافى وذلك اذا وجد قبل الدخول أبطل النكاح من الأصل فلا يوجب شيئاً من المهر كالمحرمية وان كان قد دخل بها فلها المهر فى رقبته يبطل منه بقدر حصتها لانها ملكت بعض رقبته والمولى لا يستوجب على مملوكه ديناً ﴿قال﴾ رجل تزوج أمة رجل ثم اشترى بعضها قبل ان يدخل بها أو ملكها بوجه من الوجوه فسد النكاح لتقرر المنافى وهو ملكه جزءً من رقبتها ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وان كان قد دخل بها فعليه المهر لمولاها وقد انتقض النكاح لملكه جزءً من رقبتها وان أتى العبد المرأة الحرة فاخبرها انه حر فتزوجها على ذلك ثم علمت انه عبد قد أذن له مولاه فى التزوج فهي بالخيار ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته لانه غرها ولانها مارضيت ان يستفرشها مملوك ولانه ليس بكفء لها وقد بينا انه اذا كتم نسبه ثم ظهر ان نسبه المكتوم دون ما أظهره يكون لها الخيار فاذا أظهر الحرية وتبين الرق لان يثبت لها الخيار كان أولى فان اختارت الفرقة لا تكون هذه الفرقة الا عند القاضى بمنزلة الرد بالعيب والفسخ بعدم الكفاءة لا يثبت الا بقضاء القاضى ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها لانه فسخ لأصل النكاح بينهما ﴿قال﴾ عبد تزوج امرأة باذن مولاه ولم يخبرها انه حر أو عبد ثم علمت انه عبد فان كان أولياء المرأة زوجوها منه برضاها فلا خيار لهم ولا لها لان مباشرة الأولياء العقد يكون مسقطاً حقهم فى طلب الكفاءة والزوج ماشرط لها من نفسه شيئاً فات عليها ذلك انما ظنت انه حر وظنها لا يلزم الزوج شيئاً فلهذا لا خيار لها وان كانت فعلته بدون الاولياء فلهم ان يفرقوا بينهما لانه غير كفء والمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفء فللأولياء

حق الاعتراض دفعاً للعار عن أنفسهم والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الرضاع

﴿ قال ﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وذكر عروة عن عائشة رضي الله عنهما هذا الحديث قال يحرم بالرضاع مايحرم بالولادة وفيه دليل على ان الرضاع من أسباب التحريم وانه بمنزلة النسب فى ثبوت الحرمة لان ثبوت الحرمة بالنسب لحقيقة البعضية أو شبهة البعضية وفى الرضاع شبهة البعضية بمايحصل باللبن الذي هو جزء الآدمية فى انبات اللحم وانشاز العظم واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرضاع ما أنبت اللحم وانشز العظم وفيه دليل على أن الحرمة بالرضاع كما تثبت من جانب الأمهات تثبت من جانب الآباء وهو الزوج الذى نزل لبنها بوطئه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم شبهه بالنسب فى التحريم والحرمة بالنسب تثبت من الجانبين فكذلك بالرضاع بخلاف مايقوله بعض العلماء رحمهم الله تعالى ان لبن الفحل لا يحرم وهو أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى احتجوا بان الله تعالى ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء فقال وامهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فلوكانت الحرمة تثبت من جانب الرجال لبينها الله تعالى كما بين الحرمة بالنسب ولان الحرمة في حق الرجل لاتثبت بحقيقة فعل الارضاع فانه لو نزل اللبن في ثندؤة الرجل فأرضع به صبيا لاتثبت الحرمة فلان لاتثبت فى جانبه بارضاع زوجته أولى وحجتنا ذلك حديث عمرة عن عائشة رضى الله عنهما قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى فسمعت صوت رجل يستأذن على حفصة رضى الله عنها فقلت هذا رجل يستأذن فى بيتك يارسول الله فقال صلوات الله عليه ما أراه الافلانا عماً لحفصة من الرضاع فقلت لو كان فلان عمى من الرضاع حيا أكان يدخل على فقال نعم الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة وفى حديث آخر عن عائشة رضى الله عنها قالت يارسول الله ان أفلح بن أبي قعيس يدخل على وأنا في ثياب فضل فقال صلى الله عليه وسلم ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة فقلت انما أرضعتني المرأة لا الرجل فقال صلوات الله عليه ليلج عليك فانه عمك والعم من الرضاعة لايكون الا باعتبار ابن الفحل والمعنى فيه ان سبب هذا اللبن فعل الواطئ فالحرمة التى تنبني عليه تثبت من الجانبين كالولادة فاما ما قالوا ان الله تعالى بين حرمة

الرضاع في جانب النساء قلنا من الاحكام ما يثبت بالقرآن ومنها ما يثبت بالسنة فحرمة الرضاع في جانب الرجل مما يثبت بالسنة والمعنى الذي لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل فان ما نزل في ثندؤته لا يتغذى الصبي فلا يحصل به انبات اللحم فهذا نظير وطء الميتة في أنه لا يوجب الحرمة ﴿قال﴾ ولا ينبغي للرجل أن يتزوج امرأة ابنه من الرضاعة ولا امرأة أبيه من الرضاعة وكذلك أجداده ونوافله وهو نظير الحرمة الثابتة بالنسب وعلى هذا الاخوات من الرضاعة اما اذا أرضعت امرأة واحدة ثنتان فهما اختان فان كان زوجها واحداً فهما اختان لاب وأم من الرضاعة وان كان زوجها مختلفاً عند الارضاعين فهما أختان لام وان كان تحت الرجل امرأتان لكل واحدة لبن منه فأرضعت كل واحدة منهما صبية فهما أختان لاب من الرضاعة لان لبنهما من رجل واحد وعموم قوله تعالى وأخواتكم من الرضاعة يتناول ذلك كله وكذلك بنات الاخ من الرضاع كبنات الأخ من النسب ألا تري أنه لما عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت أبي سلمة رضى الله تعالى عنها قال لو لم تكن ربيبتي في حجري ما كانت تحل لي أرضعتني وأباها ثويبة فقال علي رضى الله تعالى عنه يارسول الله انك ترغب في قريش وترغب عنا فقال هل فيكم شئ قال نعم ابنة حمزة رضى الله تعالى عنه فقال صلى الله عليه وسلم انها ابنة أخي من الرضاعة ﴿قال﴾ واذا كان للمرأة لبن وطلقها زوجها وتزوجت آخر فحبلت من الآخر ونزل لها اللبن فاللبن من الاول حتى تلد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاذا ولدت فاللبن بعد ذلك يكون من الثاني وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا عرف أن هذا اللبن من الحبل الثاني فهو من الآخر وقد انقطع اللبن الاول وعنه في رواية اذا حبلت من الثاني انقطع حكم لبن الاول وقال محمد رحمه الله تعالى أستحسن أن يكون منهما جميعاً حتى تضع من الآخر وجه قوله ان ما كان بها من اللبن فهو من الاول وما ازداد بسبب الحبل فهو من الثاني وباب الحرمة مبنى على الاحتياط فتثبت الحرمة منهما جميعاً كما اذا حلب لبن امرأتين في قارورة وأوجر صبياً فاذا وضعت من الثاني فقد انتسخ سبب لبن الاول باعتراض مثله عليه فلهذا كان اللبن من الثاني بعده وأبو يوسف يقول اللبن ينزل تارة بعد الولادة وتارة بعد الحبل قبل الولادة فاذا عرف نزول اللبن من الثاني انتسخ به حكم اللبن من الاول كما ينتسخ بالولادة من الثاني وعلى الرواية الأخرى يقول لما كان الحبل سببا لنزول اللبن وحقيقة نزول اللبن من الثاني باطل فيقام السبب

Maktaba Tul Ishaat.com

الظاهر . مقام المعنى الباطن تيسيراً فينتسخ به حكم لبن الأول وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كون اللبن من الاول ثابت بيقين واللبن يزداد تارة وينقص أخرى باعتبار الغذاء فهذه الزيادة تحتمل أن تكون من قوة الغذاء لامن الحبل الثانى فلا ينتسخ به حكم اللبن من الاول حتى يعترض مثل ذلك السبب من الثاني وذلك يكون بالولادة ﴿قال﴾ ولا يجتمع حكم الرضاع لرجلين على امرأة واحدة فى حالة واحدة لان سببهما لايجتمع حلالا شرعا فكذلك ماينبنى على ذلك السبب ولكن مابقى الاول لايثبت الثانى واذا ثبت الثانى انتفى الاول ﴿قال﴾ ولا يجوز له أن يتزوج امرأة أرضعته رضاعا قليلا أو كثيراً عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاتثبت الحرمة الا بخمس رضعات يكتفى الصبى بكل واحدة منها ومن أصحاب الظواهر من اعتبر ثلاث رضعات لايجاب الحرمة واستدل من شرط العدد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان . وفى حديث عمرة عن عائشة رضي الله تعالى عنهما قالت كان فيما أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعد ذلك وحجتنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم أثبت الحرمة بفعل الارضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لايثبت بخبر الواحد . وفى حديث على رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الرضاع قليله وكثيره سواء يعني فى ايجاب الحرمة ولأن هذا سبب من أسباب التحريم فلايشترط فيه العدد كالوطء أما حديث عائشة رضى الله تعالى عنها فضعيف جداً لانه اذا كان متلواً بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخ التلاوة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لايجوز فلماذا لايتلى الآن وذكر فى الحديث فدخل داجن البيت فأكله وهذا يقوى قول الروافض الذين يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يثبته الصحابة رضي الله تعالى عنهم فى المصحف وهو قول باطل بالاجماع ولو ثبت أن هذا كان فى وقت من الاوقات فانما كان فى الوقت الذي كان ارضاع الكبير مشروعا وعليه يحمل الحديث الثانى فان انبات اللحم وانشاز العظم فى حق الكبير لايحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتساخ حكم ارضاع الكبير على مانبينه ان شاء الله تعالى ﴿ قال ﴾ والسعوط والوجور يثبت الحرمة لانه مما يتغذى به الصبي فان السعوط يصل الى الدماغ فيتقوى به والوجور يصل الى الجوف

Maktaba Tul Ishaat.com

فيحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فاما الاقطار في الأذن لا يوجب الحرمة لان الظاهر
انه لا يصل الى الدماغ لضيق ذلك الثقب وكذلك الاقطار في الاحليل فان أكثر ما فيه انه
يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي عادة وكذلك الحقنة في ظاهر الرواية الا في رواية عن
محمد رحمه الله تعالى قال اذا احتقن صبي بلبن امرأة تثبت به الحرمة لان ذلك يصل الى
الجوف الا ترى انه يفسد به الصوم ولكنا نقول ليس الموجب للحرمة عين الوصول الى
الجوف بل حصول معني الغذاء ليثبت به شبهة البعضية وذلك انما يحصل من الأعالي لا من
الأسافل ثم بين من يحرم بسبب الرضاعة والحاصل فيه ماينا انه بمنزلة النسب فكما ان
الحرمة الثابتة بالنسب في حق الأمهات والبنات تتعدي الى الجدات والنوافل والعمات
والخالات فكذلك بسبب الرضاع ﴿ قال ﴾ ولا رضاع بعد الفصال بلغنا ذلك عن علي وابن
مسعود رضى الله عنهما وهكذا رواه جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
لا رضاع بعد الفصال ولا يتم بعد الحلم ولا صمت يوم الى الليل ولا وصال في صيام ولا
طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك ولا وفاء في نذر في معصية ولا يمين في قطيعة رحم
ولا تغرب بعد الهجرة ولا هجرة بعد الفتح والكلام هنا في فصول أحدها ان الحرمة
لا تثبت بارضاع الكبير عندنا وعلى قول بعض الناس تثبت الحرمة لحديث سهلة امرأة أبي
حذيفة رضى الله عنهما فانها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما انتسخ حكم
التبني بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم فقالت يارسول الله ان أبا حذيفة تبنى سالماً فكنا نعده ولداً
له وان لنا بيتاً واحداً فماذا ترى في شأنه وفي رواية وانه يدخل علىّ وأنا أرى الكراهة في
وجه أبي حذيفة رضي الله عنه فقال صلى الله عليه وسلم ارضعي سالما خمسا تحرمين بها عليه وبهذا
الحديث أخذت عائشة رضى الله عنها حتى كان اذا أراد ان يدخل عليها أحد من الرجال
أمرت اختها أم كلثوم رضى الله عنها أو بعض بنات أختها ان ترضعه خمسا ثم كان يدخل عليها
الا أن غيرها من نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم كن يأبين ذلك ويقلن لا نرى هذا من
رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ثم هذا الحكم انتسخ بقوله صلى الله
عليه وسلم الرضاع ما أنبت اللحم وانشز العظم وذلك في الكبير لا يحصل وقال صلى الله عليه
وسلم الرضاعة من المجاعة يعني ما يرد الجوع وذلك بارضاع الكبير لا يحصل وفي حديث
أبي هريرة رضى الله عنه قال الرضاع ما فتق الامعاء وكان قبل الطعام والصحابة رضى الله

Maktaba Tul Ishaat.com

عنهم اتفقوا على هذا فقد ذكر فى الكتاب عن على وابن مسعود رضى الله عنهم قالا لارضاع بعد الفصال وروى ان اعرابياً ولدت امرأته ومات الولد فانتفخ ثديها من اللبن فجعل يمصه ويمج فدخل بعض اللبن فى حلقه فجاء الى أبي موسى الاشعرى رضى الله عنه وسأله عن ذلك فقال حرمت عليك فجاء الى ابن مسعود رضى الله عنه وسأله عن ذلك فقال هي حلال لك فاخبره بفتوى أبي موسى فقام معه الى أبي موسى ثم أخذ بأذنه وهو يقول أرضيع فيكم هذا اللحيانى فقال أبو موسى رضى الله عنه لاتسألونى عن شئ مادام هذا الحبر بين أظهركم وجاء رجل الى عمر رضى الله عنه فقال ان لى جارية فارضعتها امرأتى فدخلت البيت فقالت خذها دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر رضى الله عنه عزمت عليك ان تأتى امرأتك فتضربها ثم تأتى جاريتك فتطأها وروى نحو هذا عن ابن عمر رضى الله عنهما فثبت بهذه الآثار انتساخ حكم إرضاع الكبير ثم اختلف العلماء فى المدة التى تثبت فيها حرمة الرضاع فقدر أبو حنيفة رحمه الله تعالى بثلاثين شهراً وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قدرا ذلك بحولين وزفر قدر ذلك بثلاث سنين فاذا وجد الارضاع في هذه المدة تثبت الحرمة والا فلا واستدلا بظاهر قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ولازيادة بعد التمام والكمال وقال الله تعالى وفصاله فى عامين ولارضاع بعد الفصال ولان الظاهر أن الصبي في مدة الحولين يكتفي باللبن وبعد الحولين لايكتفى به فكان هو بعد الحولين بمنزلة الكبير في حكم الرضاع وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً وظاهر هذه الاضافة يقتضى أن يكون جميع المذكور مدة لكل واحد منهما الا أن الدليل قد قام على أن مدة الحبل لاتكون أكثر من سنتين فبقى مدة الفصال على ظاهره وقال الله تعالى فان أراد افصالا عن تراض منهما وتشاور الآية فاعتبر التراضي والتشاور في الفصلين بعد الحولين فذلك دليل على جواز الارضاع بعد الحولين وقال الله تعالى وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم قيل بعد الحولين اذا أبت الامهات ولأن اللبن كما يغذى الصبي قبل الحولين يغذيه بعده والفطام لايحصل فى ساعة واحدة لكن يفطم درجة فدرجة حتى ينسي اللبن ويتعود الطعام فلا بد من زيادة على الحولين بمدة واذا وجبت الزيادة قدرنا تلك الزيادة بأدني مدة الحبل وذلك ستة أشهر اعتبارا للانتهاء بالابتداء وبهذا يحتج زفر رحمه الله تعالى

ايضاً

Maktaba Tul Ishaat.com

أيضا الا أنه يقول لما وجب اعتبار بعض الحول وجب اعتبار كله وتقدر مدة الفطام بحول لانه حسن للاختبار والتحول به من حال الى حال ﴿قال﴾ فان فطم الصبي قبل الحولين ثم أرضع في مدة ثلاثين شهراً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أو في مدة الحولين عندهما فالظاهر من مذهبهما وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه تثبت به الحرمة لوجود الارضاع في المدة فصار الفطام كان لم يكن وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال هذا اذا لم يتعود الصبي الطعام حتى لا يكتفي به بعد هذا الفطام فاما اذا صار بحيث يكتفي بالطعام لا تثبت الحرمة برضاعه بعد ذلك لانه بعد ما صار بحيث يكتفي بالطعام فاللبن بعده لا يغذيه ولا يحصل به معنى البعضية بيانه في حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال وكان قبل الطعام أي قبل ان يكتفي بالطعام ﴿قال﴾ ولا بأس بان يتزوج الرجل أم ابنه التي أرضعته لانه لا بأس بذلك من النسب فكذلك من الرضاعة وكذلك لا بأس بان يتزوج ابنتها وهذا من النسب لا يحل ان يتزوج أخت ابنه لا لأجل النسب ولكن لانها ربيبته لانه وطئ أمها وهذا لا يوجد في الرضاع فلهذا جاز له ان يتزوجها وكذلك يتزوج أخت أخته من الرضاع ومثله من النسب يحل لانه اذا تزوج أخت أخته من النسب يحل ذلك بان كان له أخ لاب وأخت لام فللاخيه لابيه ان يتزوج أخته لامه لانه لا نسب بينهما موجب للحرمة فكذلك في الرضاع وكذلك لا بأس بان يتزوج ابنة عمه من الرضاعة أو ابنة عمته أو ابنة خاله أو ابنة خالته كما لا بأس به من النسب وكذلك لا بأس بأن يتزوج التي أرضعت أخاه أو ما بداله من ولدها لانه لا رضاع بينه وبينهم ﴿قال﴾ ولا يجمع الرجل بين أختين من الرضاعة ولا بين المرأة وابنة أختها أو ابنة أخيها وكذلك كل امرأة ذات رحم محرم منها من الرضاعة الاصل الذي بينا في النسب ان كل امرأتين لو كانت احداهما ذكراً والاخرى أنثى لم يجز للذكر ان يتزوج الانثى فانه يحرم الجمع بينهما بالقياس على حرمة الجمع بين الاختين فكذلك من الرضاعة وتبين بهذا ان حرمة هذا الجمع ليس لقطيعة الرحم فانه ليس بين الرضيعتين رحم وحرمة الجمع بينهما ثابتة ﴿قال﴾ واذا ولدت المرأة من الرجل ثم طلقها وتزوجت بزوج آخر وأرضعت بابن الاول ولداً وهي تحت الزوج الثاني فالرضاع من الزوج الاول دون الثاني لان المعتبر من كان نزول اللبن منه لا من هي تحته ونزول هذا اللبن كان من الاول ﴿قال﴾ ولا يجوز شهادة امرأة واحدة على الرضاع أجنبية كانت أو أم أحد الزوجين ولا

Maktaba Tul Ishaat.com

يفرق بينهما بقولها ويسعه المقام معها حتى يشهد على ذلك رجلان أو رجل وامرأتان عدول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يثبت الرضاع بشهادة أربع نسوة بناء على مذهبه ان فيما لايطلع عليه الرجال يعتبر فيه أربع نسوة لتقوم كل امرأتين مقام رجل وزعم أن الرضاع مما لايطلع عليه الرجال لانه يكون بالثدي ولا تحل مطالعته للاجانب ولكنا نقول الرضاع مما يطلع عليه الرجال لان ذا الرحم المحرم ينظر الى الثدي وهومقبول الشهادة في ذلك ولان الحرمة كما تحصل بالارضاع من الثدي تحصل بالايجار من القارورة وذلك يطلع عليه الرجال فلا تقبل فيه شهادة النساء وحدهن وكان مالك رحمه الله تعالى يقول تثبت حرمة الرضاع بشهادة امرأة واحدة اذا كانت عدلا وهكذا روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه واستدل بحديث عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى أنه تزوج ابنة أبي هانئ فجاءت امرأة سوداء وأخبرت أنها أرضعتهما فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض عنه ثم ذكر ثانياً فأعرض عنه ثم ثالثاً فقال فارقها اذن فقال انهاسوداء يارسول الله قال كيف وقد قيل وحجتنا فى ذلك حديث عمر رضى الله تعالى عنه قال لايقبل فى الرضاع الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولان سبب نزول هذه الحرمة مما يطلع عليه الرجال فلا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كالحرمة بالطلاق وحديث عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى دليلنا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرض عنه فى المرة الاولى والثانية فلوكانت الحرمة ثابتة لما فعل ذلك ثم لمارأى منه طمأنينة القلب الى قولها حيث كرر السؤال أمره أن يفارقها احتياطا والدليل عليه أن تلك الشهادة كانت عن ضغن فانه قال جاءت امرأة سوداء تستطعمنا فأبينا أن نطعمها فجاءت تشهد على الرضاع وبالاجماع بمثل هذه الشهادة لاتثبت الحرمة فعرفنا أن ذلك كان احتياطاً على وجه التنزه واليه أشار صلى الله عليه وسلم فى قوله كيف وقد قيل وعندنا اذا وقع فى قلبه أنها صادقة فالاحوط أن يتنزه عنها ويأخذ بالثقة سواء أخبرت بذلك قبل عقد النكاح أو بعدعقدالنكاح وسواء شهد به رجل أو امرأة فأما القاضى لايفرق بينهما مالم يشهد به رجلان أورجل وامرأتان لان خبر الواحد اذا كان كان ثقة حجة فى أمور الدين وليس بحجة فى الحكم والقاضى لايفرق بينهما الابالحجة الحكمية فاما اذا قامت عنده حجة دينية يفتى له بأن يأخذ بالاحتياط لانه إن ترك نكاح امرأة تحل له خير من أن يتزوج امرأة لاتحل له ﴿قال﴾ واذا نزل للمرأة لبن وهي بكرلم تتزوج فارضعت

شخصاً صغيراً فهو رضاع لان المعنى الذى يثبت به حرمة الرضاع حصول شبهة الجزئية بينهما
و لذى نزل لها من اللبن جزء منها سواء كانت ذات زوج أولم تكن ولبنها يغذى الرضيع فتثبت
به شبهة الجزئية ﴿ قال ﴾ واذا حلب اللبن من ثدى المرأة ثم ماتت فشربه صبي تثبت به
الحرمة لحصول المعنى الموجب للحرمة بهذا اللبن ولا معتبر بفعلها فى الارضاع ألا ترى
انها لوكانت نائمة فارتضع من ثديها الصبى تثبت الحرمة وكذلك الايجار لو حصل في
حياتها تثبت الحرمة فكذلك بعد موتها ﴿ قال ﴾ وكذلك لو حلب اللبن من ثديها بعد
موتها فأوجر الصبي تثبت به الحرمة عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لاتثبت وهو بناء
على أصلين أحدهما أن اللبن لايموت عندنا لانه لاحياة فيه ألا ترى أنه يحلب في حالة
الحياة من الحيوان فيكون طاهراً وما فيه الحياة اذابان من الحى يكون ميتاً فاذا لم يكن في
اللبن حياة لاينجس بالموت بل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يبقى طاهراً وعندهما يتنجس
بنجاسة الوعاء كما فى أنفحة الميتة فكانه حلب لبن امرأة فى قارورة نجسة فاوجر الصبى به فيثبت
به الحرمة وعند الشافعى رحمه الله تعالي اللبن يموت فيكون نجس العين وثبوت حرمة
الرضاع باعتبار معنى الكرامة فلا تثبت بما هو نجس العين والاصل الثانى أن عنده الفعل
الذى هو حرام بعينه وهو الزنا لايوجب حرمة المصاهرة لان ثبوتها بطريق الكرامة
فكذلك ايجار لبن الميتة حرام فلا تثبت به الحرمة ثم قاس لبن الميتة بوطء الميتة ولكن
عندنا وان كان الفعل حراما تثبت به الحرمة اذا تحقق فيه المعنى الموجب للحرمة ولهذا أثبتنا
الحرمة بالزنا لان معني البعضية لاينعدم به حقيقة فكذا هنا ثبوت الحرمة باعتبار ان اللبن
يغذى الصبي فيتقوى به ولو سلمنا له حرمة اللبن بالموت فبالحرمة لايخرج من أن يكون مغذيا
ألا ترى ان لحم الميتة مغذ فكذلك لبنها وبه فارق وطء الميتة لان معنى البعضية ينعدم منه
أصلا وهو معنى ماقال فى الكتاب الجماع بعد الموت ليس بجماع وايجار لبن الميتة رضاع وشبه
اللبن بالبيضة فان بالموت لا تخرج البيضة أن تكون مغذية فكذا اللبن ﴿ قال ﴾ ولو
أرضع الصبيان من بهيمة لم يكن ذلك رضاعاً وكان بمنزلة طعام أكلاه من اناء واحد ومحمد بن
اسماعيل صاحب الاخبار رحمه الله تعالى يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى فى زمن
الشيخ الامام أبى حفص رحمه الله تعالى وجعل يفتي فقال له الشيخ رحمه الله تعالى لاتفعل
فلست هنالك فابى ان يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسألة اذا أرضع صبيان بلبن شاة

Maktaba Tul Ishaat.com

فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخاري بسبب هذه الفتوى وهذا لان ثبوت الحرمة بسبب الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون لبن الانعام وشبهة الجزئية لاتثبت بين الآدمي والانعام بشرب لبنها فكذلك لاتثبت بين الآدميين بشرب لبن بهيمة وهذا قياس حرمة المصاهرة التي تثبت بالوطء ولا تثبت بوطء البهائم فكذلك هنا ﴿قال﴾ ولو صنع لبن امرأة في طعام فأكله الصبي فان كانت النار قد مست اللبن وأنضجت الطعام حتى تغير فليس ذلك برضاع ولا يحرم لان النار غيرته فانعدم بها معنى التغذي باللبن وانبات اللحم وانشاز العظم وان كانت النار لم تمسه فان كان الطعام هو الغالب لا تثبت به الحرمة أيضاً لان المغلوب في حكم المستهلك ولأن هذا أكل والموجب للحرمة شرب اللبن دون الاكل وان كان اللبن هو الغالب فكذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تثبت به الحرمة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تثبت به الحرمة لان الحكم للغالب والغالب هو اللبن ولم يغيره شيء عن حاله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القاء الطعام في اللبن يغيره ألا ترى أنه يرق به وربما يتغير بلونه فكان بمنزلة ما لو غيرته النار وقيل هذا اذا كان لا يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة وأما اذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح أنه لاتثبت على كل حال عنده لان التغذي كان بالطعام دون اللبن ﴿قال﴾ واذا جعل لبن امرأة في دواء فأوجر منه صبياً أو اسعط منه واللبن غالب فهذا رضاع لانه انما يجعل في الدواء ليصل بقوة الدواء الى ما لا يصل اليه وحده فكان هذا أبلغ في حصول معنى التغذي به فلهذا تثبت به الحرمة ﴿قال﴾ وان جعل اللبن في ماء فشربه الصبي فان كان اللبن هو الغالب تثبت به الحرمة وان كان الماء غالباً لا تثبت به الحرمة وكذلك ان خلط لبن الآدمية بلبن الانعام وعند الشافعي رحمه الله تعالي قدر مايحصل بخمس رضعات من اللبن اذا جعل في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة فأما اذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى ثم أوجر منه صبيا فعلى قول محمد رحمه الله تعالى تثبت الحرمة منهما جميعاً لان الشيء يكثر بجنسه ولايصير مستهلكا به وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تثبت به الحرمة بينه وبين من يكون لبنها غالبا لان المغلوب لايظهر حكمه في مقابلة الغالب وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان في احداهما اعتبر الاغلب كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وفى الأخرى قال

Maktaba Tul Ishaat.com

تثبت الحرمة منهما وهو قول زفر رحمه الله تعالى وأصل المسئلة فيما اذا حلف لايشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه فهو على هذا الخلاف ﴿قال﴾ الرضاع بمنزلة النسب والوطء فى اثبات حرمة المصاهرة لافرق بين أن يوجد فى دار الحرب أوفى دار الاسلام ﴿قال﴾ واذا جامع الرجل المرأة أولمسها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة لم تحل لابنه ولا لابيه من الرضاعة ولا تحل له أمها ولا ابنتها من الرضاعة كما لا تحل لابنه وأبيه نسباً فان هذه الحرمة تعلقت بأسامٍ تثبت تلك الاسامى بالرضاعة وهى الأبوة والامومة وكذلك لايتزوج على المعتدة منه أختها من الرضاعة ولا ذات رحم محرم منها لان حرمة الجمع متعلقة باسم الاختية وذلك يتحقق بالرضاع كما يتحقق بالنسب والعدة تعمل عمل صلب النكاح فى المنع من النكاح ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل الصبية فارضعتها أمه من الرضاعة أوأمه التى ولدته أو أخته من نسب أو رضاع أو امرأة ابنه بلبن ابنه من نسب أو رضاع حرمت عليه لان المحرمية تمنع النكاح بعلة المنافاة فان بين الحل والحرمة فى المحل منافاة والمنافي كما يؤثر اذا اقترن بالنسب ينافى البقاء اذا طرأ عليه فاذا حرمت عليه لزمه بذلك نصف المهر لها لان الفرقة قبل الدخول حصلت لابمعنى من جهتها أو حصلت بمعني من جهة الزوج وهى المحرمية فيجب نصف الصداق لها ويرجع بذلك على التى أرضعتها ان كانت أرادت الفساد أو عمدت ذلك وان كانت أخطأت أو أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لم يرجع به عليها والقول فيه قولها ان لم يظهر منها تعمد الفساد لانه شئ في باطنها لايقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه وانما يختلف الجواب فى نيتها اذا أرادت الفساد أولم ترد لانها مسببة لهذه الفرقة لا مباشرة فانها مباشرة للارضاع وهوليس بسبب موضوع للفرقة والمسبب اذا كان متعديا فى تسببه يكون ضامنا وان لم يكن متعديا لايضمن كحافر البئر فى ملك نفسه لايضمن مايسقط فيه بخلاف الحافر فى ملك الغير فاذا أرادت الفساد كانت متعدية فى السبب واذا لم ترد الفساد لم يكن متعدية في السبب وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى انه يرجع عليها بنصف الصداق على كل حال فان من أصله ان المتسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان وفى المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذلك فى التسبب على قوله وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يرجع عليها بمهر مثل المنكوحة لانها أتلفت ملك نكاحه فيها وملك

النكاح عنده مضمون بالاتلاف حتى قال في شاهدى الطلاق بعد الدخول اذا رجعا ضمنا مهر المثل وهذا لان ملك البضع يتقوم عند دخوله في ملك الزوج بمهر المثل فكذلك عند خروجه عن ملكه ولكنا نقول ان ملك النكاح ليس بمتقوم فى نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة انما هو ملك ضرورى لايظهر الا في حق الاستيفاء . ألا ترى أنه لايظهر في حق النقل الى الغير والانتقال الى الورثة فكذلك فى حق التقوم بالمال ولانه ليس بمال فى نفسه فلا يكون مضمونا بالمال لان ضمان الاتلاف مقدر بالمثل بالنص وتقوم البضع عند دخوله في ملك الزوج للضرورة لانه تملك للبضع وهو محترم فلا يثبت الا بعوض وهذه الضرورة لاتوجد عند الخروج من ملكه لانه ابطال للملك لاتمليك منها وابطال الملك لايستدعى التقوم والدليل على الفرق أن الاب يزوج ابنه الصغير بمال الصغير وليس له أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها فاذا ثبت أنه غير متقوم عند خروجه من ملكه لم يجب الضمان عليها باتلاف البضع ولكنها قررت عليه ما كان على شرف السقوط فان الصداق وان وجب بالعقد فهو بعرض السقوط مالم يدخل بها اذا جاءت الفرقة من قبلها فهى قررت النصف عليه بما فعلته وهى متسببة فى ذلك متعدية اذا تعمدت الفساد فلهذا رجع عليها بذلك ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل الصبية ثم تزوج عمتها فنكاح العمة باطل للنهى فان أرضعت أم العمة الصبية لم يفرق بينه وبينها لأن الصبية وان صارت أختا للعمة بالرضاعة ولكن لم يصح نكاح العمة فلم يتحقق الجمع الحرام فلهذا بقى نكاح الصبية ﴿قال﴾ واذا تزوج صبيتين رضيعتين فارضعتهما امرأة معا أواحداهما بعد الاخرى بانتا جميعاً لانهما صارتا أختين حين أرضعت الثانية منهما فتقرر الجمع المنافى وليست احداهما ببطلان نكاحها بأولى من الاخرى فاذا بانتا فلكل واحدة منهما نصف الصداق يرجع بذلك على المرضعة ان تعمدت الفساد لما قلنا ولو كن ثلاثا فارضعتهن معا بأن حلبت لبنها فى قارورة والقمت احدى ثديها احداهن والاخرى للاخرى واوجرت الثالثة معابن جميعا منه لأنهن صرن أخوات معاً وان أرضعتهن واحدة بعد الاخرى بانت الاوليان والثالثة امرأته لانها حين أرضعت الثانية فقد تحققت الاختية بينها وبين الاولى فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثالثة وليس فى نكاحه غيرها ففي نكاحها وان كن أربعا فارضعتهن معاً أو واحدة ثم الثلاث معابن جميعاً وكذلك ان أرضعتهن جميعا واحدة بعد الاخرى لانه حين أرضعت الثانية بانت الاوليان للاختية وحين أرضعت الثالثة والرابعة بانت الاخريان أيضاً

Maktaba Tul Ishaat.com

للاختية وان أرضعت الثلاث أولا ثم الرابعة بانت الثلاثة الاول دون الرابعة لانها حين أرضعتها فليس في نكاحه غيرها ﴿ قال ﴾ وان تزوج امرأة وصبيتين فارضعتهما المرأة احداهما قبل الاخرى ولم يدخل بالمرأة حرمت المرأة والصبية الأولى لانها حين أرضعت احداهما فقد صارتا اما وابنتا فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فبقى نكاحها لان السابق مجرد العقد على الام وذلك لايوجب حرمة البنت ثم لا مهر للكبيرة لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة ليست من قبلها انما كانت من جهة الكبيرة حين أرضعتها فان اللبن يصل الى جوفها من غير فعل منها في الارتضاع ويرجع بذلك على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد لما قلنا ولا تحل له هذه الكبيرة أبداً لان مجرد العقد على البنت يوجب حرمة الام وأما الصبية فانها تحل له اذا فارقته التي عنده لان العقد على الام لايوجب حرمة البنت وان كان بعد ما دخل بالكبيرة حرمن عليه لانهما صارتا ابنتها من الرضاعة والدخول بالام يحرم البنت ثم للكبيرة مهرها ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر ولا يحل له واحدة منهن أبداً لوجود الدخول بالام وصحة العقد على البنت ﴿ قال ﴾ واذا تزوج كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل واحدة من الكبيرتين صغيرة وقعت الفرقة بينه وبينهن لان كل صغيرة صارت بنتاً لمن أرضعتها والجمع بين الام والبنت في النكاح حرام فان كانت أرضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعت الكبيرة الاخري الصغيرتين وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فأما الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فقد بانتا لما قلنا والصغيرة الثانية لم تبن منه بارضاع الكبيرة الاولى فاما بارضاع الكبيرة الثانية فان بدأت بارضاعها بانت منه وان بدأت بارضاع الاولى فالصغيرة الثانية امرأته لانها حين أرضعت الاولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغيرة الاولى فيما سبق ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فلهذا لاتقع الفرقة بينه وبينها ﴿ قال ﴾ واذا أقر الرجل أن هذه المرأة أخته أو أمه أو ابنته من الرضاعة ثم أراد بعد ذلك أن يتزوجها وقال أوهمت أو أخطأت أو نسيت وصدقته المرأة فهما مصدقان على ذلك وله أن يتزوجها وان ثبت على قوله الاول وقال هو حق كما قلت ثم تزوجها فرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وهذا استحسان وفي القياس الجواب في الفصلين سواء لانه أقر بأنها محرمة عليه على التأبيد والمقر به يجعل في حق المقر كالثابت بالبينة أو بالمعاينة والرجوع عن الاقرار

Maktaba Tul Ishaat.com

باطل لانه ملزم بنفسه فسواء رجع أو ثبت كان النكاح باطلا بزعمه فيفرق بينهما ولا مهر لها عليه ولكنه استحسن فقال هذا شئ يقع فيه الاشتباه فقد يقع عند الرجل أ بينه وبين امرأته رضاع فيخبر بذلك ثم يتفحص عن حقيقة الحال فيتبين له أنه قد غلط في ذلك وفيما يقع الاشتباه اذا أخبر أنه غلط فيه يجب قبول قوله شرعا لوجهين (أحدهما) أن الحل والحرمة من حق الشرع فاذا تصادقا على أنهما قد غلطا فليس هنا من يكذبهما في خبرهما (والثانى) أن اقراره في الابتداء لم يكن على نفسه إنما كان عليها بحرمتها عليه والحل والحرمة صفة المحل واقرار الانسان على الغير لايكون لازما فاذا ذكر أنه غلط فيه فهو لايريد بهذا ابطال شئ لزمه فلهذا قبل قوله في ذلك وإن أقرت المرأة بذلك وأنكر الزوج ثم أكذبت المرأة نفسها وقالت أخطأت فالنكاح جائز وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها فالنكاح جائز ولاتصدق المرأة على قولها لان حقيقة المحرمية لاتثبت بالاقرار فانه خبر محتمل متمثل بين الصدق والكذب ولكن الثابت على الاقرار كالمجدد له بعد العقد واقرارها بالمحرمية بعد العقد باطل فكذلك اقرارها به قبل العقد واما اقراره بالحرمة بعد العقد صحيح موجب للفرقة وكذلك إذا أقر به قبل العقد وثبت على ذلك حتى تزوجها فان قيل كان ينبغي أن يجب لها نصف المهر كما لو ابتدأ بعد النكاح قلنا انما لايجب لوجود التصديق منها على بطلان أصل النكاح أو لانه غير متهم بالقصد الى اسقاط المهر اذ سبق الاقرار منه وجوب المهر بالنكاح يوضح الفرق بينهما ان الاقرار انما يصح اذا كان مؤثرا في الملك اما بالمنافاة أو بالازالة واقرار الرجل مؤثر في ذلك فكان معتبرا في المنع من صحة النكاح اذا ثبت عليه واقرار المرأة غير مؤثر في ذلك فلا يمنع صحة النكاح ﴿ قال ﴾ واذا أقر الزوج بهذه المقالة وثبت عليها وأشهد الشهود ثم تزوجته المرأة ولم يعلم بذلك ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح فرق بينهما ولا ينفعه جحوده لانه لما ثبت على مقالته في الابتداء وزعم أنه حق لاغلط فيه فقد لزمه حكم اقراره وصار كالمجدد لذلك الاقرار بعد النكاح فيفرق بينهما ولا ينفعه الجحود ولو أقر بذلك جميعا ثم كذبا أنفسهما وقالا أخطأنا ثم تزوجها فالنكاح جائز وكذلك هذا الباب في النسب ليس يلزم من هذا الامابينا عليه لان الغلط والاشتباه فيه أظهر فان سبب النسب أخفي من سبب الرضاع فكما ان هناك الاقرار بدون الثبات عليه لايوجب الحرمة فكذلك هنا ﴿ قال ﴾ ولو تزوج امرأة ثم قال لها بعد

النكاح

النكاح هي أختي أو ابنتي أو أمي من الرضاعة ثم قال أخطأت أو أوهمت فالنكاح باق استحسانا ولو ثبت على هذا النطق وقال هو حق فشهدت عليه الشهود بذلك فرق بينهما ولو جحد ذلك لم ينفعه جحوده لان اقراره انما كان موجبا للفرقة بشرط الثبات عليه فان قال اوهمت فقد انعدم ماهو شرطه فلا يوجب الفرقة واذا ثبت على ذلك وجد ماهو شرط الاقرار فثبت حكمه وهو الفرقة ثم لا ينفعه جحوده بعد ذلك وكذلك لو قال هذه أختي أو هذه ابنتي وليس لها نسب معروف ثم قال أوهمت يصدق في ذلك بخلاف ما اذا قال لعبده أو أمته هذا ابني او هذه ابنتي ثم قال أوهمت فانه يعتق عليه ولا يصدق في ذلك والفرق من وجهين أحدهما ان اقراره بالنسب في عبده وأمته ملزم بنفسه لان لما أقر به موجبا في ملكه وهو زوال الملك فان من اشترى ابنه يصح الشراء ويعتق عليه فاذا كان لما أقر به موجب في ملكه كان هو مقراً به في ملك نفسه واقرار الانسان في ملك نفسه ملزم فلهذا يتم بنفسه ثبت عليه أو لم يثبت فاما اقراره بنسب زوجته لاموجب له في ملكه لان من تزوج ابنته لايصح النكاح أصلا لاان يثبت النكاح ثم يزول وانما لايصح النكاح بحرمة المحل فوجب اقراره هنا لايظهر في ملكه وانما يظهر في المحل ولا حق له في المحل لان الحل والحرمة صفة المحل فلم يكن اقراره متناولا لملكه ابتداء فلا يكون ملزما الا اذا ثبت عليه فحينئذ بحكم الثبات عليه يتعدى ضرره الى ملكه فيلزمه من هذا الوجه والثاني ان الاشتباه لايقع بين العبد والابن بل عبده في الغالب مباين لابنه في المطعم والملبس والمجلس فاذا كان الاشتباه يندر فيه لايعتبر فاما الاشتباه قد يقع بين زوجته وابنته لتقاربهما في المطعم والملبس والمجلس فلهذا يعذر اذا قال أوهمت ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته هذه ابنتي وثبت على ذلك ولها نسب معروف لم يفرق بينهما وكذلك لو قال هي أمي وله أم معروفة لانه مكذب شرعا فيما أقر به وتكذيب الشرع اياه أقوى من تكذيبه نفسه ولو كذب نفسه وقال أوهمت لم يفرق بينهما فكذا اذا أكذبه الشارع وبه فارق العبد لان هناك لو أكذب نفسه كان حراً فكذلك اذا أكذبه الشرع بأن كان ثابت النسب من غيره والمعنى ما قلنا أن اقراره بنسب العبد مصادف ملكه وهو مصدق فيما يقر به في ملك نفسه فيثبت به العتق وان امتنع ثبوت النسب لكونه معروف النسب من الغير فأما اقراره بنسب امرأته لا يصادف ملكه ابتداء وانما يصادف المحل فيثبت به حرمة المحل ثم ينبني عليه انتفاء الملك

Maktaba Tul Ishaat.com

وهنا حرمة المحل لم تثبت حين كانت معروفة النسب من الغير فلهذا لا يبطل النكاح وان لم تكن معروفة النسب من الغير ومثلها يولد لمثله وثبت على ذلك فرق بينهما ولكنه لايثبت النسب حقيقة الا بتصديق المرأة اياه بذلك لان المقر يعامل فى حقه وكان ماأقر به حق ولكن لايصدق فى حق الغير فيجعل النسب فى حقه كالثابت حتى ينتفى ملكه عنها ولكنه لايثبت فى حقها الا بتصديقها فلا يلزمها الانتساب اليه الا أن تصدقه فى ذلك واذا كان مثلها لايولد لمثله لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما لأن تكذيب الحقيقة اياه أقوى من تكذيبه نفسه والفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين العتق ماقلنا ان لاقراره بالنسب في ملكه موجبا فيجعل ذلك الاقرار كناية عن موجبه مجازا وليس لاقراره بالنسب فى ملك النكاح موجب من حيث الازالة فلا يمكن اعماله بطريق المجاز وأكثر مافى الباب أن يقال موجبه نفي أصل النكاح فيجعل كأنه صرح بذلك وجحوده لأصل النكاح لا يكون موجباً للفرقة فكذلك اقراره بذلك وكذلك لو قال أرضعتني ومثلها لا يرضع ولا لبن لها فانه مكذب فى ذلك حقيقة فينزل فى ذلك منزلة تكذيبه نفسه فلهذا لا يفرق بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الاحصان

﴿قال﴾ لايحصن الرجل المسلم الاالمرأة الحرة المسلمة اذادخل بهاهكذا نقل عن الشعبي والنخعي رحمهما الله تعالى ومعنى هذا انه اذا تزوج أمة ودخل بها لايصير محصنا لقوله صلى الله عليه وسلم لايحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبدوكان المعني فيه ان ثبوت الاحصان يختص بالوطء بالنكاح حتى لايثبت بملك اليمين وفى معنى قضاء الشهوة لافرق بينهما فعرفنا ان الموجب للفرق ان الاحصان انما يثبت بوجود الوطء بين مستوى الحال في صفة الكمال فان النكاح فى العادة يكون بين مستوى الحال ولامساواة بين المالك والمملوك فلا يتحقق هذا المعنى اذا وجد الدخول بالأمة بالنكاح لانه لامساواة بين الامة والحر فأما اذا دخل بالكتابية بالنكاح لم يصر محصنا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يصير محصنا قيل هذا بناء على الرواية

Maktaba Tul Ishaat.com

التي تروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الكتابية محصنة وانها ترجم اذا زنت وقيل بل هي مسئلة مبتدأة فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالي ان ملك النكاح على الكتابية وعلى المسلمة بصفة الكمال بدليل جواز نكاح كل واحدة منهما على الاخرى والمساواة بينهما فى القسم وولاية المباشرة لكل واحدة منهما بنفسها فكما يصير محصنا بالدخول بالمسلمة فكذلك بالكتابية بخلاف الأمة فانه لامساواة بينها وبين الحرة في حكم النكاح بل حالها على النصف من حال الحرة وبخلاف الصغيرة والمجنونة فانه لامساواة بينها وبين البالغة العاقلة فى ولاية المباشرة وفى معنى قضاء الشهوة لما في طبعه من النفرة عن المجنونة وحجتهما ماروينا وكذلك لما أراد حذيفة بن اليمان رضى الله عنه ان يتزوج يهودية قال له النبي صلى الله عليه وسلم دعها فانها لاتحصنك ولما أراد كعب بن مالك رحمه الله تعالى ان يتزوج يهودية قال له عمر رضى الله عنه دعها فانها لاتحصنك ولان الرق أثر من آثار الكفر فاذا كان الاحصان لايثبت بوطء الأمة بالنكاح لما فيه من الرق فلان لايثبت بوطء الكافرة أولى وهذا لان معنى الازدواج لايتم مع الاختلاف فى الدين فقل مايركن كل واحد منهما الى صاحبه فكانت بمنزلة الصغيرة والمجنونة توضيحه ان الزوجين اذا كانا كافرين لا يصيرا محصنين بالدخول ومعنى المساواة فيما بينهما أظهر فاذا لم يثبت الاحصان بالوطء هناك فلان لايثبت هنا كان أولى وكذلك المسلمة لايحصنها الزوج اذا كان كافراً بأن أسلمت المرأة ثم دخل بها الزوج الكافر قبل ان يفرق بينهما لم تصر هى بهذا الدخول محصنة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على ماقلنا وكذلك لايحصنها العبد والمجنون وغير البالغ اعتبارا لجانبها بجانبه فان الاحصان عبارة عن كمال الحال فلا يثبت الا بوطء موصوف بكونه نعمة كاملة من الجانبين ﴿قال﴾ وجماع هؤلاء يحلها للزوج الذى قد طلقها ثلاثا قبل ذلك حتى ان المطلقة ثلاثا اذا كانت ذمية فتزوجت ذمياً ثم أسلمت فدخل بها زوجها قبل ان يفرق بينهما حلت للزوج الأول بهذا الدخول لان النكاح صحيح بينهما قبل تفريق القاضى حتى لو أسلم فهما على نكاحهما والدخول بالنكاح الصحيح يحلها للزوج الأول وكذلك ان كان الزوج عبداً تزوجها باذن المولى ودخل بها حلت للزوج الاول لان اصابة الزوج الثانى انما كان مشروعا لرفع الطلقات مغايظة للزوج الاول وذلك يحصل بدخول العبد والكافر بها كما يحصل بدخول الحر المسلم بل معني المغايظة فى هذا أكثر بخلاف الاحصان فانه

Maktaba Tul Ishaat.com

انما يثبت بالوطء بالنكاح لاعتبار معنى كمال النعمة والعبد والكافر في هذا ليس نظير الحر
المسلم وعلى هذا دخول الصبي الذى يجامع مثله بالمرأة يحلها للزوج الاول عندنا وعند
الشافعي رحمه الله تعالى لا يحلها للزوج الاول لان ثبوت الحل للأول يستدعى كمال الفعل
ألا ترى أنه لا يحصل بالجماع فيما دون الفرج وفعل الصبي دون فعل البالغ فلانعدام صفة الكمال
لايثبت به الحل للزوج الاول ولكنا نستدل بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره واسم الزوج
يتناول الصبي كما يتناول البالغ ثم هذا حكم مختص بالوطء بالنكاح فيتعلق بوطء الصبي
كتقرير المسمى والعدة وما هو المعني فيه وهو مغايظة الزوج الاول حاصل أيضاً فان استدلوا
بقوله صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوق من عسيلته قلنا ليس المراد بذوق العسيلة الانزال
بل هى اللذة وهى تنال ذلك بوطء الصبي الذى يجامع ولهذا يلزمها الاغتسال بنفس الايلاج
وبه يتبين كمال فعل الصبي فى الوطء ﴿قال﴾ وكذلك فعل هؤلاء يوجب من التحريم ما
يوجبه جماع البالغ المحصن حتي أن الصبي الذى يجامع مثله يتعلق بوطئه حرمة المصاهرة
وكذا الصبية التى يجامع مثلها يثبت حرمة المصاهرة بوطئها وانما يختلفون فيما اذا وطئ صغيرة
لا يجامع مثلها فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت به حرمة المصاهرة وعند
أبي يوسف رحمه الله تعالى يثبت لوجود فعل الوطء حقيقة وهو كامل في نفسه حتى يتعلق
به الاغتسال بالايلاج من غير انزال ويثبت به سائر أحكام الوطء أيضا واعتبر الوطء بالعقد
فكما أن العقد على الصغيرة كالعقد على البالغة في ايجاب الحرمة فكذلك الوطء وأبو حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى قالا ثبوت حرمة المصاهرة ليس لعين الوطء . ألا ترى أنه لا يثبت
بالوطء فى غير المأتى ولكن ثبوته باعتبار معني البعضية ولا تصور لذلك اذا كانت لايجامع
مثلها بخلاف ما اذا كانت يجامع مثلها لان حقيقة البعضية وان كانت باعتبار الماء فهو باطن
لايمكن الوقوف عليه فيقام السبب الظاهر مقامه وهو بلوغها حد الشهوة فاذا كانت ممن
يشتهى أنزلت منزلة البالغة فى ثبوت الحرمة بوطئها بخلاف ما اذا كانت لاتشتهى . ألا ترى
أن اباحة هذا الفعل شرعا لمقصود النسل ثم جعل بلوغها حد الشهوة في حكم اباحة هذا
الفعل قائما مقام حقيقة البلوغ فكذلك هنا بخلاف وجوب الاغتسال فانه متعلق باستطلاق
وكاء المنى وذلك بمعنى الحرارة واللين فى المحل فلهذا يستوى فيه التى يجامع مثلها والتى
لايجامع كما يستوى فيه الفعل فى المأتى وغير المأتى ﴿قال﴾ والخلوة بين الزوجين البالغين

Maktaba Tul Ishaat.com

المسلمين وراء ستر أو باب مغلق يوجب المهر والعدة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايوجب لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية والمراد بالمسيس الجماع هكذا قال ابن عباس رضي الله عنه أن الله تعالى يكني القبيح بالحسن كما كنى بالمس عن الجماع ولا رهذه خلوة خلت عن الاصابة فلا توجب المهر والعدة كالخلوة الفاسدة وهذا لان تقرر البدل في عقود المعاوضات بقبض المعقود عليه والمعقود عليه معنى في باطنها لا يصير مستوفي الا بالآلة التي تصل الى ذلك الموضع فلا تكون الخلوة فيها قبضا كالقصاص فان حق من له القصاص في الباطن لا يصير مستوفى إلا بالآلة الجارحة فلم تكن الخلوة فيه قبضاً والدليل عليه حكم الرجعة وبقاء المطالبة بالوطء فان الخلوة في هذين الحكمين لا تجعل كاستيفاء المعقود عليه فكذلك في حكم المهر والعدة وحجتنا في ذلك قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضي بعضكم الى بعض نهي عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة فان الافضاء عبارة عن الخلوة ومنه يسمى المكان الخالي فضاء ومنه قول القائل أفضيت اليه بشقوى أي خلوت به وذكرت له سري وتبين بهذا ان المراد بما تلى المسيس أو مايقوم مقامه وهي الخلوة وعن عبد الرحمن بن ثوبان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كشف قناع امرأته وقبلها فلها المهر كاملا دخل بها ولم يدخل ولما فرق عمر وعلي رضي الله عنهما بين العنين وامرأته الزماه كمال المهر وقالا ماذنبهن إن جاء العجز من قبلكم وعن زرارة بن أبي أوفي أنه قال مضت السنة من الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ان من أغلق على امرأته بابا أو أرخى حجابا كان عليه المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل بها ولانها أتت بتسليم المستحق عليها بالعقد فيتقرر حقها في البدل كما اذا وطئها الزوج وهذا لان البدل في عقود المعاوضات يتقرر بتسليم من له البدل لا باستيفاء من عليه كما في البيع والاجارة اذا خلى البائع بين المبيع والمشتري أو خلى الآجر بين الدار والمستأجر في المدة يتقرر البدل وان لم يستوف وهذا لانا لو علقنا تقرر البدل بالاستيفاء امتنع من ذلك قصداً منه الى الاضرار بمن له البدل واذا ثبت أن المعتبر التسليم فالمستحق بالعقد عليها مافي وسعها وفي وسعها تسليم النفس في حال زوال المانع لا حقيقة استيفاء الوطء فاذا أتت بما هو المستحق تقرر حقها في البدل على أن تقام نفسها مقام حقيقة المعقود عليه كما أنها في جواز العقد اقيمت نفسها مقام المعقود عليه فكذلك في حكم التسليم لان تقرر البدل بتسليم ما باعتباره يجوز العقد وهذا

Maktaba Tul Ishaat.com

بخلاف حق الرجعة فان ذلك من حق الزوج وهو متمكن من حقيقة الاستيفاء فاذا لم يفعل فهو الذى أبطل حق نفسه وليس من ضرورة وجوب المدة ثبوت الرجعة ألا ترى ان بالموت يتقرر المهر والعدة وليس فيه تصور الرجعة ومطالبتها بالوطء ليستعف به ويحصن لنفسها صفة الاحصان بسببه وذلك لايحصل بالخلوة اذا ثبت هذا فنقول حد الخلوة الصحيحة أن لايكون هناك مانع يمنعه من وطئها طبعا ولاشرعا حتى اذا كان أحدهما مريضاً مرضا يمنع الجماع أوصائماً فى رمضان أومحرما أوكانت هي حائضاً لاتصح الخلوة لقيام المانع طبعا أو شرعا وفى صوم القضاء روايتان في أصح الروايتين تصح الخلوة لان الذى يجب بالفطر قضاء يوم وهو يسير كما فى صوم النفل وفى الرواية الاخرى لا تصح الخلوة اعتباراً للقضاء بالاداء وفى صوم النفل رواية شاذة أيضاً انه يمنع صحة الخلوة بمنزلة حج النفل وكذلك ان كانت رتقاء أو قرناء لا يحصل التسليم لقيام المانع حساً بخلاف ما اذا كان الزوج مجبوباً أو عنيناً وقد بيناه ولو كان بينهما ثالث لا تصح الخلوة لقيام المانع الا أن يكون الثالث ممن لايشعر بذلك كصغير لا يعقل أو مغمى عليه أو نحو ذلك وان خلا بزوجته وهناك أمته وكان محمد رحمه الله تعالى يقول أولا تصح الخلوة بخلاف ما اذا كان هناك أمتها لانه يحل له وطء أمته دون أمتها ثم رجع وقال لاتصح الخلوة وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لانه يمتنع من غشيانها بين يدى أمته طبعا وعلى هذا لوخلا بزوجتيه لم تصح الخلوة لما قلنا والمكان الذي لاتصح الخلوة فيه ان يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما بغير اذن كالدار والبيت وما أشبه ذلك ولهذا لاتصح الخلوة فى المسجد والطريق الاعظم والسطح الذى ليس على جوانبه سترة وبعد صحة الخلوة اذا تصادقا على أنه لم يدخل بها لايكونا محصنين لان الخلوة انما تجعل كالاستيفاء فيما هو من حكم العقد والاحصان ليس من ذلك فى شيء فان أقرا بالجماع لزمهما حكم الاحصان وان أقر به أحدهما صدق على نفسه دون صاحبه ولا يحصن الخصى اذا كان لايجامع وكذلك المجبوب والعنين فان جاءت بولد حتى ثبت به النسب من الزوج ففى الخصى والعنين يكونا محصنين لان الحكم بثبوت النسب حكم بالدخول وفى المجبوب ذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان على قول زفر رحمه الله تعالى هى تصير محصنة لماحكمنا بثبوت النسب من الزوج وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لاتصير هى محصنة لانه لاتصور للجماع بدون الآلة والحكم بثبوت النسب بطريق الانزال بالسحق وليس

ذلك من الجماع في شئ وثبوت حكم الاحصان يتعلق بعين الجماع والرق. لاتحصن الرجل لانعدام الجماع مع الرق ولا احصان بالجماع في النكاح الفاسد لان الاحصان عبارة عن كمال الحال فانما يحصل بوطء هو نعمة بل نهاية في النعمة حتي لايحصل بالوطء بملك اليمين والوطء بالنكاح الفاسد حرام فلا يوجب الاحصان ﴿ قال ﴾ واذا دخل الخنثي بامرأته أو دخل بالخنثي زوجها فهما محصنان لانه لما حكم بكونه رجلا أو امرأة فالجماع بالنكاح الصحيح تحقق بينهما فيثبت به حكم الاحصان ﴿قال﴾ ولو دخل مسلم بامرأته المسلمة ثم ارتدا والعياذ بالله تعالى بطل احصانهما لان الردة تحبط العمل ويلحق المرتد بمن لم يزل كافراً فكما ان الكافر الاصلي لايكون محصناً فالمرتد كذلك فان أسلما جميعاً لم يكونا محصنين الا بجماع جديد بمنزلة زوجين حربيين أو ذميين أسلما وكذلك العبد مع امرأته الأمة اذا أعتقا لم يكونا محصنين حتى يجامعها بعد العتق فان جامعها فهما محصنان علما بالعتق اولم يعلما علمت المرأة ان لها الخيار أولم تعلم فاذا جامعها قبل ان تختار نفسها فقد جامعها بنكاح صحيح بعدما كمل حالهما بالعتق فكانا محصنين ﴿قال﴾ واذا ولدت المرأة من الرجل وهما ينكران الدخول فهما محصنان لان الولد شاهد على الدخول بينهما وهو أقوي من شهادة شاهدين فاذا كان الاحصان يثبت بشهادة شاهدين فبثبوت النسب أولى وهذا لانهما مكذبان في انكارهما الدخول شرعا والمكذب شرعا لايعتبر انكاره ﴿قال﴾ واذا أقرت المرأة ان زوجها قد جامعها وأنكر الزوج ثم فارقها وانقضت عدتها حل لزوجها الاول الذى كان طلقها ثلاثاً ان يصدقها ويتزوجها لانها أخبرت عن أمر بينها وبين ربها وهو حلها للزوج الاول ولا حق للزوج الثانى في ذلك فانكاره في ذلك الحكم وجوداً وعدما بمنزلة وكذلك ان اخبره بذلك ثقة ولو أنكرت الدخول بعد اقرارها وقد تزوجها الزوج الاول لم تصدق في ذلك لانها مناقضة ولو كان زوجها الذى فارقها هو الذى اقر بالجماع ولم تقر هي لم يحل للزوج الاول أن يتزوجها ولا يصدق الزوج الثانى عليها لانه لاحق له في حلها وحرمتها للزوج الاول ولا قول له في ذلك أصلا ويستوى ان كان خلا بها أو لم يخل بها ألا ترى انها لاتصير محصنة باقرار الزوج الثانى أنه قد جامعها اذا أنكرت هي فكذلك لاتصير محللة للزوج الاول ﴿قال﴾ واذا قالت طلقنى زوجي أو مات عني وانقضت عدتى حل لخاطبها أن يتزوجها ويصدقها لان الحل والحرمة من حق الشرع وكل مسلم أمين مقبول القول فيما هو من حق الشرع انما

Maktaba Tul Ishaat.com

لايقبل قوله فى حق الغير اذا أكذبه من له الحق ولا حق لاحدهنا فيما أخبرت به فلهذا جاز قبول خبرها في ذلك والله أعلم بالصواب

باب نكاح المتعة

﴿ قال ﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وتفسير المتعة أن يقول لامرأته اتمتع بك كذا من المدة بكذا من البدل وهذا باطل عندنا جائز عند مالك بن أنس وهو الظاهر من قول ابن عباس رضى الله عنه واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولانا اتفقنا على انه كان مباحا والحكم الثابت يبقى حتى يظهر نسخه ولكن قد ثبت نسخ هذه الاباحة بالآثار المشهورة فمن ذلك ماروى محمد بن الحنفية عن على بن أبى طالب رضى الله عنهم أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنه حديث الربيع بن سبرة رضى الله عنه قال أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة أيام فجئت مع عم لى الى باب امرأة ومع كل واحدمنا بردة وكان بردة عمي أحسن من بردتى فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابى والى بردته وقالت هلا بردة كبردة هذا أو شباب كشباب هذا ثم آثرت شبابى على بردته فبت عندها فلما أصبحت اذا منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادى الا أن الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم الاباحة المطلقة لم تثبت فى المتعة قط انما ثبتت الاباحة مؤقتة بثلاثة أيام فلا يبقى ذلك بعد مضى الايام الثلاثة حتى يحتاج الى دليل النسخ وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول نسختها آية الطلاق والعدة والميراث وكان عمر رضى الله عنه يقول لو كنت تقدمت فى المتعة لرجمت وقال جابر بن يزيد رضى الله عنه ماخرج ابن عباس رضى الله عنهما من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة فثبت النسخ باتفاق الصحابة رضى الله عنهم ولما سئلت عائشة رضى الله عنها عن ذلك فقالت بينى وبينكم كتاب الله تعالى وتلت قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الآية وهذه ليست بزوجة له ولا ملك يمين له وبيان أنها ليست بزوجة ماقال فى الكتاب أنه لا يرث أحدهما من صاحبه بالزوجية ولا يقع عليها الطلاق والظهار والايلاء واستكثر من الشواهد لذلك فى الكتاب والمراد بقوله

Maktaba Tul Ishaat.com

فما استمتعتم به منهن الزوجات فانه بناء على قوله ان تبتغوا بأموالكم محصنين والمحصن الناكح

﴿قال﴾ وان قال تزوجتك شهراً فقالت زوجت نفسى منك فهذا متعة وليس بنكاح عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى هو نكاح صحيح لان التوقيت شرط فاسد فان النكاح لا يحتمل التوقيت والشرط الفاسد لا يبطل النكاح بل يصح النكاح ويبطل الشرط كاشتراط الخمر وغيرها توضيحه أنه لو شرط أن يطلقها بعد شهر صح النكاح وبطل الشرط فكذا اذا تزوجها شهراً وحجتنا فى ذلك ماروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال لا أوتي برجل تزوج امرأة الى أجل الارجمته ولو أدركته ميتاً لرجمت قبره والمعنى فيه أن النكاح لا يحتمل التوقيت انما التوقيت فى المتعة فاذا وقتا فقد وجد منهما التنصيص على المتعة فلا ينعقد به النكاح وان ذكر لفظ النكاح وهذا لانه لا يخلو اما أن ينعقد العقد مؤبداً أو في مدة الاول باطل فانهما لم يعقدا العقد فيما وراء المدة المذكورة ولا يجوز الحكم بانعقاد العقد فيما وراء المدة المذكورة ولا يجوز الحكم بانعقاد الحكم فى زمان لم يعقدا فيه العقد ألا ترى أنهما لو أضافا النكاح الى مابعد شهر لم ينعقد في الحال لانهما لم يعقداه في الحال فكذلك هنا ولا يجوز أن ينعقد فى المدة لان النكاح لايحتمل ذلك وهذا يبين أن التوقيت ليس بمنزلة الشرط ولكن ينعدم بالتوقيت أصل العقد فى الزمان الذى لم يعقداه فيه وهذا بخلاف ما اذا شرط أن يطلقها بعد شهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراط القاطع بعد شهر لينقطع به دليل على أنهما عقدا العقد مؤبداً ألا ترى أنه لو صح الشرط هناك لا يبطل النكاح بعد مضى شهر وهنا لو صح التوقيت لم يكن بينهما عقد بعد مضى اوقت كما في الاجارة . وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى ان ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لايعيشان أكثر من ذلك كمائة سنة أو أكثر يكون النكاح صحيحاً لان في هذا تأكيد معنى التأبيد فان النكاح يعقد للعمر بخلاف ما اذا ذكرا مدة قد يعيشان أكثر من تلك المدة وعندنا الكل سواء لان التأبيد من شرط النكاح فالتوقيت يبطله طالت المدة أو قصرت والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الدعوى فى النكاح

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا ادعي الرجل نكاح امرأة وأقام عليها البينة وأقامت أختها

Maktaba Tul Ishaat.com

عليه البينة انها امرأته وانه أتاها بزوج فالقول قول الرجل والبينة بينته صدقته أولم تصدقه لان ملك النكاح على المرأة للزوج ولهذا كان البدل عليه لها فالزوج يثبت ببينته ماهو حقه والأخت الاخري تثبت ببينتها حق لزوج وهو ملك النكاح له عليها وبينة المرء على حق نفسه أولى بالقبول ولان عند تعارض البينتين لا وجه للعمل ببينة الاخت في اثبات نكاحها فلو قبلناها انما نقبلها فى نفي النكاح على امرأة أثبت الزوج نكاحها والبينات للاثبات لا للنفي ومعني هذا ان دعوى الزوج نكاح احدى الاختين اقرار منه بحرمة الاخرى عليه في الحال واقراره موجب للفرقة فعرفنا انه لا وجه للقضاء بنكاح الاخري فبقيت تلك البينة قائمة على النفي ولا مهر للاخرى ان لم يكن دخل بها لان أصل نكاحها لم يثبت ولو كان الزوج أقام البينة أنه تزوج أحداهما ولا تعرف بعينها غير ان الزوج قال هي هذه فان صدقته فهي امرأته لتصادقهما فان تصادقهما فى حقهما أقوى من البينة فان جحدت ذلك فلا نكاح بينه وبين واحدة منهما لان الشهود لم يشهدوا على شئ بعينه والشهادة بالمجهول لا تكون حجة ولانه اما ان تزوج احداهما بغير عينها فيكون ذلك باطلا أو تزوج احداهما بعينها ثم نسيها الشهود فقد ضيعوا شهادتهم فاذا بطلت الشهادة بقى دعوى الزوج ولا يثبت النكاح بدعوته ولا يمين له على التى يدعي النكاح عليها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يرى الاستحلاف في النكاح ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وكذلك لو قامت البينة لامرأة بعينها ان أحد هذين الرجلين تزوجها ولا يعرفون أيهما هو والرجلان ينكران ذلك فهو باطل ولا مهر على واحد منهما فان ادعت المرأة ذلك على أحدهما فلا يمين عليه في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان دعواها دعوي النكاح وان ادعت أنه طلقها قبل الدخول وان لها عليه نصف المهر استحلفته على نصف المهر لان دعواها الآن دعوى المال والاستحلاف مشروع فى دعوى المال فان نكل عن اليمين لزمه ذلك ولا يثبت النكاح لان الاستحلاف كان فى المال لا في النكاح وانما يقضى عند النكول بما استحلف فيه خاصة كما فى دعوى السرقة اذا استحلف فنكل يقضى بالمال دون القطع ﴿قال﴾ وان ادعت أختان أنه تزوجهما جميعا وكل واحدة منهما تقيم البينة أنه تزوجها أولا كان ذلك الى الزوج فايهما قال هي الاولى فهي الاولى وهي امرأته لان المعارضة بين البينتين قد تحققت والعمل بهما غير ممكن لحرمة الجمع بين الاختين نكاحا وقد علمنا أن الثابت أحدهما وهو السابق

Maktaba Tul Ishaat.com

منهما فاما أن يكون بيان السابق منهما الي الزوج لانه أعرف الناس بها ولانه صاحب الملك
واما أن يقال تصديقه احداهما يرجح بينتها فاذا ظهر الرجحان فى بينة احداهما قضى
بنكاحها واندفعت بينة الاخرى ولا مهر لها عليه ان لم يدخل بها فان جحد الزوج ذلك كله
وقال لم أتزوج واحدة منهما أو قال تزوجتهما جميعا ولا أدرى أيتهما الاولى فهو سواء
ويفرق بينه وبينهما لان العمل بالبينتين غير ممكن فلا ترجيح لاحداهما فتعين التفريق
بينه وبينهما وعليه نصف المهر بينهما ان كان لم يدخل بهما من قبل انه كان يقدر على أن يبين
فاذا تجاهل في ذلك لم يبرأ من المهر ومعنى هذا الكلام أن نكاح احداهما صحيح بدليل
أنه لو بين الزوج أن هذه هي الاولى حكمنا بصحة نكاحها فاذا أبى أن يبين كان ذلك
منه بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بينه وبين التي صح نكاحها قبل الدخول فيلزمه نصف
المهر وليست احداهما بأولى من الاخرى فلهذا كان نصف المهر بينهما ومن أصحابنا رحمهم الله
تعالي من قال جمع فى السؤال بين فصلين وأجاب عن احدهما فان هذا الجواب عما اذا قال
تزوجتهما جميعاً ولا أدرى أيتهما الاولى أما اذا قال لم أتزوج واحدة منهما ينبغى أن لا يجب
عليه شئ من المهر لان العمل بالبينتين تعذر للتعارض وهو منكر ولا يجب المهر الا بحجة
والاصح ان هذا جواب الفصلين لان المعارضة بين البينتين فى حكم الحل دون المهر
ألا ترى ان البينتين لو قامتا بعد موت الزوج عمل بهما فى حق المهر والميراث فاذا لم
يكن تعذر العمل والمعارضة فى حكم المهر وجب نصف المهر فى حق الزوج وليست
احداهما بأولى من الاخرى فكان بينهما وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الامالى قال لا
شئ عليه لان المقضى له بالمهر منهما مجهول وجهالة المقضى له تمنع صحة القضاء وعند محمد
رحمه الله تعالى أنه قال يقضى بجميع المهر لان النكاح لم يرتفع بجحوده فيقضى بمهر
كامل للتى صح نكاحها ﴿ قال ﴾ وان كان دخل بأحداهما كان لها المهر وهى امرأته
لترجح جانبها بالدخول فان البينتين اذا تعارضتا على العقد تترجح احداهما بالقبض كما
لو ادعى رجلان تلقى الملك فى عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض واقاما البينة كانت
بينة صاحب اليد أولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن والامكان ثابت
هنا بأن يجعل نكاح التى دخل بها سابقاً فان قال الزوج هى الاخيرة وتلك الاولى فرق
بينه وبينها لاقراره بحرمتها عليه وكان ذلك بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بعد الدخول

Maktaba Tul Ishaat.com

بالنكاح الصحيح حتى يلزمه المهر المسمى لها ولا يصدق على أن ينقصها عن ذلك وكانت الاخرى امرأته أيضاً لتصادقهما على النكاح باقرار الزوج انها هي الاولى ﴿قال﴾ ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعى انها امرأته ويقيم البينة فان كانت في بيت احدهما وكان قد دخل بها فهي امرأته لما ان الترجيح يحصل باليد عند تعارض البينتين على العقد ولان تمكنه من الدخول بها أو من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فحينئذ يسقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق فان لم تكن في يد أحدهما فايهما اقام البينة أنه أول فهو أحق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انها تزوجته قبل الآخر فهي امرأته اما لان بينته تترجح باقرارها له كما بينا في جانب الزوج أو لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق أحد الرجلين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما وان لم تقر بشئ من ذلك فرق بينهما وبينها لان المعارضة والمساواة قد تحققت والعمل بالبينتين غير ممكن لان ملك الحل لا يحتمل الشركة وليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل نكاحهما بخلاف ملك اليمين فان الملك يحتمل الشركة فيجب العمل بالبينتين هناك بحسب الامكان وهذا لأن مقصود الملك هو التصرف وذلك يثبت مع الشركة وهنا المقصود استباحة الوطء والنسل وهذا يفوت بالشركة فاذا تعذر العمل بهما وليس أحدهما بأولى من الآخر يتعين البطلان فيهما فان كانا لم يدخلا بها فلا مهر لها لأن نكاح واحد منهما لم يثبت ولان الفرقة بمعنى من جهتها فلا مهر لها قبل الدخول وان كانا قد دخلا بها جميعا ولا يدرى أيهما أول فعلى كل واحد منهما الأقل مما سمى ومن مهر المثل لان كل واحد منهما إن تقدم نكاحه تأكد المسمى بالدخول وان تأخر فلها مهر المثل بالدخول لسقوط الحد بشبهة العقد غير أن المال بالشك لا يجب وانما يجب القدر المتيقن والمتيقن هو الاقل فلهذا كان على كل واحد منهما الاقل من المسمى ومن مهر المثل ﴿قال﴾ فان جاءت بولد لزمهما جميعا وكان ولدهما يعقلان عنه بناء على قولنا أن النسب يثبت من رجلين خلافا للشافعى رحمه الله تعالى وهى مسئلة كتاب الدعوى ويرثانه ميراث أب واحد بينهما نصفان لان الاب في الحقيقة أحدهما وهو من حق الولد من ماله فيجب ميراث أب واحد وليس أحدهما بأولى من الآخر

Maktaba Tul Ishaat.com

فيكون بينهما نصفين ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى يرث من كل واحد منهما نصف ميراث ابن لانه ابن أحدهما فكما أن في جانبهما يرثانه ميراث أب واحد فكذلك فى جانبه يرث منهما ميراث ابن واحد ولكنا نقول هو ابن لكل واحد منهما كما قال عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما هو ابنهما ويرثهما وهذا لأن البنوة لاتحتمل التجزى الا أن فى جانبهما تحققت المزاحمة فتثبت المناصفة وفى جانبه لامزاحمة فيرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل حتى لو انعدمت المزاحمة فى جانبهما بأن مات أحدهما قبل الغلام أحرز الثانى من مال الغلام ميراث أب كامل وهو معنى قول عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما وهو للباقى منهما ولو كانت المرأة أقرت أن أحد الرجلين هو الزوج لزمه الولد خاصة لان نكاح المقر له قد ثبت باقرارهما وثبوت نسب الولد منه باعتبار الفراش ولا معارضة بين الفراش الصحيح والفاسد فلهذا ثبت نسب الولد منه فان لم تقر بذلك حتى ماتت كان على كل واحد منهما نصف ماسمى لها من المهر وكان ميراث الزوج من تركتها بينهما نصفين لان نكاح أحدهما صحيح منته بالموت فيكون له الميراث وعليه المسمى لها وليس أحدهما بأولى من الآخر فلذلك تنصف بينهما الميراث والمهر المسمى وهذا لان تعذر العمل بالبينتين ووجوب التوقف لمعنى الحل وذلك يزول بموتها الا ترى انه لو كان إقامة البينة من الرجلين بعد الموت وجب العمل بهذه الصفة فكذلك اذا ماتت بعد اقامة البينتين وهذا لان المقصود من النكاح بعد الموت الميراث وهو مال يحتمل الشركة وفي حال الحياة المقصود هو الحل وهو غير محتمل للشركة ﴿قال﴾ ولو لم تمت هي ولكن مات أحد الرجلين فان قالت المرأة هذا الميت هو الاول فلها فى ماله المهر والميراث فان تصديقها بعد موت الزوج كتصديقها في حياته فيثبت النكاح بينهما فينتهي بالموت الا ترى ان رجلا لو أقر بنكاح امرأة فصدقته بعد الموت كان تصديقها صحيحاً لان النكاح بموت الزوج يرتفع الى خلف وهو العدة ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة زوجين في عقدة واحدة كان النكاح باطلا لان النكاح لايحتمل الاشتراك وليس أحدهما بأولى من الآخر ولا خيار لها فى ذلك لان ثبوت الخيار ينبني على صحة السبب ولم يصح السبب في حق كل واحد منهما لاقتران المنافى به وكذلك لو كانت ذمية أو حربية ثم أسلموا لان هذا لا يتجه عند أحد ممن يعتقد ملة فحكم أهل الملل فى ذلك سواء ﴿قال﴾ ولو كان أحد الزوجين له

Maktaba Tul Ishaat.com

أربع نسوة كان نكاح الذي ليس له نسوة منهما جائز لانه لو انفرد نكاح الذي له أربع نسوة لم يصح ولو انفرد نكاح الآخر كان صحيحاً فاذا اجتمعا صح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد وهذا لان المعارضة لا تحقق بين ماله صحة وبين ما لا صحة له واذا صح نكاح أحدهما فعليه جميع ماسمى لها ان كانا سميا ألف درهم وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر بمنزلة مالو تزوج امرأتين واحداهما لا تحل له بمهر واحد وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرقان بين هذه وبين تلك فيقولان الالف هنا بمقابلة بضعها وقد سلم ذلك للذى صح نكاحه بكماله فاما هناك الالف مسمى بمقابلة بضعين فاذا لم يسلم له الا أحدهما لا يلزمه الا مقدار حصته من المهر وان كان سمي كل واحد منهما لنفسه خمسمائة لم يلزم هذا الزوج الا خمسمائة لانه ماالتزم الا هذا المقدار ولا يلزم من المهر لا قدر ما التزمه بخلاف الاول فان هناك كل واحد منهما قد سمى جميع الالف بمقابلة بضعها فاذا سلم ذلك لاحدهما لزمه جميع المهر ﴿قال﴾ والنكاح الفاسد اذا لم يكن فيه مسيس أو نظر لا يثبت حرمة المصاهرة لان النكاح انما يقام مقام الوطء فى اثبات حرمة المصاهرة لانه يتوصل به الى الوطء شرعا وذلك لا يحصل بالعقد الفاسد فلهذا لا يثبت به الحرمة ولان النكاح الفاسد أصله غير منعقد فالسبب الفاسد لا يثبت الا الملك الحرام وموجب النكاح ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فاذا انعدم اثبات الملك الحلال بالسبب الفاسد والملك الحرام بالنكاح لا يكون خلا السبب عن الحكم والاسباب الشرعية انما تعتبر لاحكامها فكل سبب خلا عن الحكم كان لغوا واذا أقامت المرأة البينة على النكاح والزوج جاحد يثبت نكاحها ولم يفسد بجحوده لان النكاح الثابت لا يرتفع الا بالطلاق وجحوده ليس بطلاق فان الطلاق قطع للنكاح والجحود نفى للنكاح أصلا فلا يصير به قاطعاً فلهذا قضى بالنكاح بينهما والله أعلم بالصدق والصواب

باب الغرور فى المملوكة

﴿قال﴾ رجل تزوج امرأة على أنها حرة فولدت له أولاداً فاذا هى مكاتبة قد أذن لها مولاها فى التزوج أخذت عقرها وقيمة ولدها الا فى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال لا تجب قيمة الولد أصلا لانها تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها وفى هذا تحصيل بعض مقصودها وفى ظاهر الرواية يقول هذا ان لو دخل الولد في كتابتها ولم يدخل لانه علق حراً

Maktaba Tul Ishaat.com

فوجب العقر وقيمة الولد لها كما هو الحكم في المغرور وهي بالكتابة صارت أحق باجزائها ومنافعها فما هو بدل جزء منها فهو لها ثم يرجع الاب بقيمة الولد على الذى غره ان كان رجل حر غره بأن زوجها منه على أنها حرة فان كانت المكاتبة هي التى غرته بأن زوجت نفسها منه على أنها حرة فلا شئ لها عليه من قيمة الولد في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول لانها لو رجعت عليه بقيمة الولد رجع هو عليها بذلك بسبب الغرور فلا يكون مفيداً ثم رجع فقال لها أن تأخذ قيمة الولد وهو قول محمد رحمه الله تعالى لان رجوعه عليها بعد العتق فان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة فيتأخر الى ما بعد عتقها والقيمة لها عليه في الحال فكان الرجوع مفيداً وان مات مولاها وهى مكاتبة على حالها فورثه أب الولد خيرت بين أن تبطل الكتابة وبين أن تمضى عليها لانها ان أبطلت الكتابة صارت مملوكة لأب الولد بالميراث ولها منه ولد ثابت النسب فتصير أم ولد له فقد تلقاها جهتا حرية احداهما مؤجلة بغير بدل وهو الاستيلاد والاخرى معجلة ببدل وهو الكتابة فان مضت على الكتابة فعتقت بالاداء فانما عتقت على ملك المولى الاول وكان ولاؤها له وان مات أب الولد قبل أن تؤدى عتقت وبطلت عنها المكاتبة لانها بمنزلة أم الولد فتعتق بموت السيد فان قيل هو لم يملك رقبتها اذا اختارت المضى على الكتابة ﴿قلنا﴾ نعم ولكنه صار أحق الناس بها حتى لو أعتقها نفذ عتقه فكذلك اذا مات لان عتق أم الولد متعلق بموت المولى شرعا على أن يصير المولى كالمعتق لها ولانها انما اختارت الكتابة لما فى في العتق بجهة الاستيلاد من التأخير فاذا تعجل ذلك بموت المولى فالظاهر أنها تختار هذه الجهة فاذا عتقت سقط عنها بدل الكتابة إما لانفساخ العقد برضاها أو لوقوع الاستغناء لها عن أداء البدل وهو بمنزلة ما لو وهب لها المكاتبة ومعنى هذا أن حق المستولد فيها الى موته فبالموت يصير مسقطاً حقه فكانه ابرأها عن بدل الكتابة والوارث اذا كان واحداً فابراء المكاتب عن المكاتبة يصح ابراؤه ويعتق ولهذا لو كان معه شريك فى الميراث سعت فى مكاتبتها على حالها لان ابراء أحد الوارثين عن نصيبه من بدل الكتابة لا يوجب عتق شئ منها وانما جعلناه كالمبرئ لتعتق فاذا كانت لا تعتق هنا لم يكن مبرئاً ولانه لم يسلم لها العتق مجانا فى الحال فبقيت على اختيارها الاول وهو المضى على الكتابة فلهذا سعت فى مكاتبتها وكان الولاء للأول اذا أدت ألا ترى ان المكاتب اذا ورثه رجلان فاعتقه أحدهما كان عتقه باطلا ولو كانت

Maktaba Tul Ishaat.com

المكاتبة حين ورثها رجلان اختارت ان تكون أم ولد بطلت الكتابة ويضمن أب الولد نصف قيمتها لشريكه لان حكم الاستيلاد كما ثبت في نصيبه ثبت في نصيب الشريك أيضاً لانه لايحتمل التجزى فصار هو متملكا نصيب شريكه بضمان القيمة وضمان التملك لايختلف باليسار والاعسار ﴿قال﴾ أمة غرت رجلين من نفسها فتزوجاها على انها حرة فولدت لهما أولاداً ثم ملكاها بوجه من الوجوه كانت أم ولد لهما لانهما ملكاها ولكل واحد منهما ولد ثابت النسب منها وان ملكها أحدهما فهي أم ولد له لهذا المعنى وهذا لان نسب الولد لما ثبت بشبهة النكاح كان هذا بمنزلة الاستيلاد بعد الملك في ثبوت حق الولد في حقيقة الحرية فكذلك في ثبوت حقها في أمية الولد لان حقها تبع لحق الولد فان كانت قد ولدت عند المولى أولاداً بعد ذلك فلكها أحدهما مع أولادها كان أولادها من غيره ارقاء لان ثبوت حق أمية الولد فيها بعد ما تملكها المستولد فان حق الحرية كحقيقة الحرية في استدعائه ملك الحل وقد انفصل الاولاد قبل ثبوت الحق فيها فلا يسرى ذلك الحق اليهم ﴿قال﴾ واذا غرت الامة رجلا من نفسها وأخبرته انها أمة لهذا الرجل فاشتراها منه فولدت له أولاداً ثم استحقها رجل أخذها وعقرها وقيمة ولدها كان لاب الولد ان يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذى باعه لان سبب الغرور مباشرة البيع وانما كان ذلك من البائع ومتى ملكها المغرور بعد ذلك فهى أم ولد لثبوت نسب الولد منه والله أعلم بالصواب

باب النكاح فى العقود المتفرقة

﴿قال﴾ رضى الله عنه ولا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة بالنكاح الا على قول الروافض فانهم يجوزون الجمع بين تسع نسوة لظاهر قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والواو للجمع فاذا جمعت بين هذه الاعداد كان تسعا ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين تسع نسوة وهو قدوة الأمة صلى الله عليه وسلم فما يجوز له يجوز لامته وحجتنا فى ذلك قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والمراد أحد هذه الاعداد قال الفراء رحمه الله تعالى لاوجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العى فى الكلام والدليل عليه قوله تعالى أولى أجنحة مثني وثلاث ورباع والمراد أحد هذه الاعداد وقد بينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بسبب اباحة تسع نسوة له وهو اتساع حله

Maktaba Tul Ishaat.com

بفضيلة النبوة فان بزيادة الفضيلة يزداد الحل كما بين الاحرار والمماليك ولم ينقل عن أحد
في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بعده الي يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع
نسوة نكاحا وفي قوله صلى الله وعليه وسلم يتزوج العبد ثنتين ويطلق تطليقتين ما يدل على
أن الحر لايتزوج أكثر من أربع لان حال المملوك على النصف من حال الحر وله أن
يتسرى على الاربع مابداله من السرارى ماخلا امرأة ذات رحم محرم منها من نسب أو
رضاع لحديث عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه ماحرم الله تعالى من الحرائر شيئاً الا وقد حرم
من الاماء مثله الا رجل يجمعهن يريد به العدد اذ التسرى غير محصور بعدد لان النكاح
انما كان محصوراً بعدد لوجوب العدل والتسوية بينهن في القسم وعند كثرة العدد يعجز
عن ذلك وفى الاماء لايلزمه التسوية بينهن فى القسم فلهذا لايكون محصوراً بالعدد واليه أشار
الله تعالى فى قوله تعالى فان خفتم ألاّ تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم فاما سائر أسباب
الحرمة كالرضاع والمصاهرة والمحرمية لاتختلف بالمنكوحة والمملوكة ﴿قال﴾ رجل تزوج
أربع نسوة بالكوفة ثم طلق احداهن بغير عينها بمكة ثم تزوج مكية ثم طلق احدى نسائه
ثم تزوج بالطائف أخرى ثم مات ولم يدخل بواحدة منهن فنقول العقود كلها قد صحت منه
لانه انما تزوج المكية بعد ماطلق احدى الكوفيات قبل الدخول فحين تزوجها لم يكن في
نكاحه الاثلاث نسوة فان قيل أليس ان الطلاق المبهم يجعل كالمتعلق بخطر البيان فينبغى ان
لايصح نكاح المكية ﴿قلنا﴾ هذا فى حق المحل لوجود التنكير فى المحل فاما في جانب المطلق
لا ابهام لانه متعين فى نفسه وحكم العدد ينبنى على العدد فى جانبه وهو يعلم انه تزوج المكية
وليس فى نكاحه الا ثلاث نسوة ثم تزوج الطائفية وليس فى نكاحه الا ثلاث نسوة
ثم المسئلة تشتمل على حكم المهر والميراث والعدة أما بيان حكم المهر أن للطائفية مهرا كاملا
لان نكاحها قد صح ولم يحدث بعد نكاحها طلاق فيتقرر مهرها بالموت وللمكية سبعة
أثمان المهر لانه بعد ما تزوجها طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول وذلك مسقط نصف
مهر المثل متردد بينها وبين ثلاث من الكوفيات فيتوزع النقصان عليهن أرباعا فيصيبها
نقصان نصف ربع صداق وذلك ثمن صداق فبقى لها سبعة أثمان صداق وأما الكوفيات
فلهن ثلاثة أصدقة وثمن صداق بينهن سواء لانه حين طلق احداهن أولا فقد سقط بهذا
الطلاق نصف مهر ومن الطلاق الثانى أصابهن أيضاً نقصان ثلاثة أرباع نصف مهر وذلك

Maktaba Tul Ishaat.com

ثلاثة أثمان مهر وفي الاصل لهن أربعة أصدقة فاذا نقصت من ذلك مرة نصف صداق ومرة ثلاثة أثمان صداق بقى ثلاثة أصدقة وثمن صداق وحالهن في ذلك سواء فيقسم بينهن بالسوية أرباعا وأما الميراث فللطائفية ربع ميراث النساء ثمنا كان أو ربعاً لانها احدى نسائه بيقين وللمكية ربع ما بقى لان الباقى وهو ثلاثة أرباع ميراث النساء لايزاحمها فيه الا ثلاث من الكوفيات وحالهن فيه سواء فلها ربع ذلك والباقى بين الكوفيات بالسوية لاستواء حالهن فى ذلك وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفي عنها زوجها أما فى حق الطائفية فللتيقن بانتهاء نكاحها بالموت وفى حق البواقى لاحتمال ذلك والعدة يحتاط لايجابها ﴿قال﴾ ولو كان بعد ماتزوج الطائفية طلق احدى نسائه ثم مات فنقول أما بيان حكم المهر ان للطائفية هنا سبعة أثمان مهرها لانه طلق احدى نسائه بعد ماتزوجها فانتقص به نصف صداق وانما يصيبها من ذلك النقصان الربع فبقى لهاسبعة أثمان صداق وللمكية ستة أثمان مهر وربع ثمن مهر لأن من النقصان الحاصل بالتطليقة الاخيرة انما يصيبها ربع ثلاثة أرباع نصف صداق فان هذا النقصان يدور بينها وبين ثلاث من الكوفيات وربع ثلاثة أرباع النصف يكون ثلاثة أرباع ثمن الصداق فقد أصابها بالتطليقة الثانية نقصان ثمن صداق كما قلنا وبالتطليقة الثالثة ثلاثة أرباع ثمن فبقى لها ستة أثمان وربع ثمن فاذا جمعت ذلك كان مهراً وثمن مهر وربع ثمن مهر صداق وللكوفيات مهران وستة أثمان وثلاثة أرباع ثمن صداق لانه انتقص من مهورهن بالطلاق الاول نصف صداق وبالطلاق الثانى ثلاثة أثمان صداق وبالطلاق الثالث ثمنان وربع ثمن فاذا جمعت ذلك كان مهراً وثمن مهر وربع ثمن مهر فاذا نقصت ذلك من أربعة مهور بقى مهران وستة أثمان وثلاثة أرباع ثمن وفى حكم الميراث والعدة هذا والاول فى التخريج سواء ﴿قال﴾ واذا تزوج امرأة فى عقدة وامرأتين فى عقدة وثلاثا فى عقدة ولا يعلم أيتهن الاولى فأما الواحدة فنكاحها صحيح بيقين لان الصحيح من العقدين الأخيرين أحدهما ونكاح الواحدة صحيح تقدم أو تأخر والقول قول الزوج في الثلاث والثنتين أيتهن قال هي الاولى لان نكاح أحد الفريقين صحيح وهو السابق والزوج هو الذى يعرف ذلك لانه باشر العقود فيعرف السابق من المتأخر ولانه صاحب ملك فاليه بيان محل ملكه ولان حقوق النكاح تجب عليه فاليه بيان من يستوجب الحق عليه وأى الفريقين مات والزوج حي فقال هن الأولى ورثهن وأعطى مهورهن وفرق بينه وبين الأواخر لان حق البيان الثابت له لا يبطل بموتهن

Maktaba Tul Ishaat.com

فان الموت منه للنكاح مقرر لاحكامه وان كان دخل بهن كلهن ثم قال فى صحته أو عند موته لاحد الفريقين هؤلاء الاول فهو الأول ويفرق بينه وبين الأواخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها ومما سمى لها لدخوله بها بحكم نكاح فاسد ومراده بهذا الفصل ان دخوله بهن لايؤثر في البيان اذا لم يعلم من دخل بها أولا لان حال الفريقين فى ذلك سواء وان قال الزوج لاأدرى أيتهن الأولى حجب عنهن الا عن الواحدة لانه انما يخلى بينه وبين من صح نكاحها منهن ونكاح الواحدة صحيح فيخلى بينه وبينها ولم يتيقن من صح نكاحه من الفريقين الآخرين فيكون محجوبا عنهن مخيراً على ان يبين الأول من الآخر فان مات قبل ان يبين ففى المسئلة بيان حكم الميراث والمهر والعدة أما بيان حكم المهر ان للواحدة ماسمي لها من المهر بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلاث مهر ونصف بينهن وللثنتين مهر واحد بينهما على اختلاف الاصلين فان أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى فى جنس هذه المسائل اعتبار الجملة والتخريج على ذلك فنقول أكثر مالهن ثلاثة مهور بان يكون السابق نكاح الثلاث وأقل مالهن مهران بان يكون السابق نكاح المثنى فالتردد فى مهر واحد يثبت في حال دون حال فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لاخصومة للثنتين فى الزيادة على مهرين فيسلم ذلك للثلاث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت فيه منازعة الفريقين فكان بينهما نصفين فيحصل للثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد وأصل محمد رحمه الله تعالى فى ذلك اعتبار الاحوال فى حق كل فريق على حدة فيقول أما الثلاث فان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلاشئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وأما المثنى فان صح نكاحهما فلهما مهران وان لم يصح فلاشئ لهما فلهما نصف ذلك ونكاحهما يصح فى حال دون حال فلهما مهر واحد وأما حكم الميراث فنقول للواحدة سبعة أسهم من أربعة وعشرين من ميراث النساء ربعا كان أوثمنا لان نكاحها صحيح على كل حال فان صح نكاحها مع الثلاث فلها ربع ميراث النساء وان صح مع الثنتين فلها ثلث والربع بيقين وما زاد عليه الى تمام الثلث يثبت فى حال دون حال فيتنصف فنحتاج الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر ثم يتنصف السهم الزائد على الربع الى تمام الثلث فيتكسر بالانصاف فيضعف الحساب فيكون أربعة وعشرين فان صح نكاحها مع الثلاث فلها ستة من أربعة وعشرين وان صح نكاحها مع المثنى فلها ثمانية فالتردد فى سهمين فيثبت أحدهما ويسقط الآخر فكان لها سبعة من أربعة

وعشرين وما بقي وهو سبعة عشر سهما بين الفريقين الآخرين نصفين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى للمثنى من ذلك ثمانية أسهم وللثلاث تسعة أسهم وجه قولهما أن السهم الزائد على ستة عشر لا منازعة فيه للمثني لانه ان صح نكاحهما فلهما ثلثا الميراث ستة عشر من أربعة وعشرين فيسلم ذلك السهم للثلاث وقد استوت منازعة الفريقين في ستة عشر فكان بينهما نصفين أو يعتبر حال كل فريق فنقول ان صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة وان صح نكاح المثني فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وان لم يصح فلا شئ لهما فلهما نصف ذلك ثمانية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما بقي من ميراث النساء بعد ما أخذت الواحدة نصيبها بمنزلة جميع ميراث النساء أن لو لم تكن الواحدة أصلا ولو لم تكن الواحدة أصلا كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين فكذلك ما بقي وهذا لان علة الاستحقاق في حق الفريقين سواء فان كل واحد منهما مستحق اذا كان سابقا محروم اذا كان مسبوقا وقولهما ان المثنى لا يدعيان السهم الواحد فانما لا يدعيان ذلك باعتبار استحقاق الواحدة لذلك السهم فاما بدون استحقاقها فهما يدعيان جميع الميراث وقد خرج ذلك السهم من أن يكون مستحقا للواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء فلهذا قسم بين الفريقين نصفين ﴿قال﴾ وعليهن عدة المتوفى عنهن أزواجهن احتياطا لما قلنا وان كان قد دخل بهن كلهن ولا يعرف الاول والآخر فعلى الثلاث والثنتين عدة الوفاة والحيض جميعا على معنى ان كل واحدة تعتد أربعة أشهر وعشرا تستكمل في ذلك ثلاث حيض لان من وجه عليهن عدة الوفاة وهو ما اذا صح نكاحهن ومن وجه الحيض وهو ما اذا فسد نكاحهن فتجب العدة بالحيض لاجل الدخول فيجمع بينهما احتياطا فأما على الواحدة عدة المتوفي عنها زوجها لا حيض في ذلك لان نكاحها صحيح بيقين ثم ان كان مهر مثل كل واحدة من الثلاث والثنتين أقل من المسمى فلها مهر مثلها ونصف الفضل الى تمام المسمى لان في وجوب الاقل وهو مهر المثل اما بالعقد أو بالدخول يقين وما زاد عليه الى تمام المسمى تستحقه كل واحدة ان صح نكاحها ونكاحها يصح في حال دون حال فلهذا كان لكل واحدة نصف ذلك فان كان الزوج حيا لجامع امرأة منهن أو طلقها أو ظاهر منها كان هذا اقرارا منه بانها ومن معها الاولى لان البيان تارة يحصل

Maktaba Tul Ishaat.com

بالتصريح وتارة بالدليل فاقدامه على الظهار والطلاق فى احداهن بيان منه ان نكاحها صحيح لان ماباشره من التصرف مختص بالنكاح الصحيح وكذلك ان جامع لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ماأمكن وانما يكون وطؤه اياها حلالا اذا كان صح نكاحها فلهذا كان هذا بمنزلة البيان منه ان السابق عقدها ﴿قال﴾ وان كانت احدى الثلاث أم احدى الثنتين ولم يدخل بشيء منهن فالجواب على ما تقدم أيضاً لان الصحيح نكاح أحد الفريقين وهوالسابق منهما وفى هذا لايفترق الحال بين ان يكون بينهما محرمية أولم يكن ﴿قال﴾ ولو كان مع الثلاث أمة كان نكاح الامة فاسداً على كل حال لانه ان تقدم هذا العقد فنكاح الحرائر بهذا العقد صحيح ومتى صح نكاح الحرائر بطل نكاح الامة المضمومة اليهن وان تأخر نكاحهن فهو فاسد ولهذا كان نكاح الامة فاسداً على كل حال ﴿قال﴾ وكذلك لو كانت احدى الثنتين أمة فنكاحها فاسد بيقين لما قلنا فان مات الزوج قبل ان يدخل بهن وقبل ان يبين الاولى منهن واحدى الثلاث أمة واحدى الثنتين أمة فنكاح الامتين فاسد ونكاح الحرائر كلهن جائز أما فساد نكاح الامتين لما قلنا وعند فساد نكاحهما الحرائر أربع فيجوز نكاحهن المتقدم والمتأخر في ذلك سواء وان كانت احدى الثلاث أمة والثنتان حرتان وقد تزوج الواحدة الحرة قبلهن يعلم ذلك فنكاح الامة فاسد لعلمنا انه تزوجها على حرة ونكاح الامة على الحرة فاسد وللحرة المنفردة المهر وثلث ميراث النساء لان نكاحها صحيح بيقين وانما يزاحمها فى الميراث امرأتان اما المنفردتان أواللتان كانتا مع الامة فلها ثلث ميراث النساء ولكل حرتين نصف مابقى من الميراث لاستواء حال الفريقين في ذلك فان كل فريق ان تقدم نكاحها استحق ذلك وان تأخر لا ويكون للفريقين مهران بينهما سواء لاستواء حال الفريقين فى استحقاق المهرين على ماقلنا ﴿قال﴾ وان كانت احدى الثنتين أمة والثلاث حرائر ولا يعلم أى النساء تزوج أولا فنكاح الامة فاسد للتيقن بضمها الى الحرة والميراث بين الحرائر الخمس على أربعة أسهم للثلاث من ذلك سهم ونصف وللمنفردتين سهمان ونصف وهذا فى الحكم كرجل تزوج ثلاثاً في عقدة وواحدة فى عقدة وواحدة فى عقدة ولا يدرى أيتهن أول بل هى تلك المسئلة بعينها ووجه التخريج ان الثلاث ان صح نكاحهن بان تقدم أوكان بعد الواحدة من المنفردتين فلهن ثلاثة ارباع ميراث النساء لان الصحيح معهن نكاح الواحدة من المنفردتين سابقاً أو متأخراً

Maktaba Tul Ishaat.com

وان لم يصح فلا شئ لهن بان كان نكاحهن بعد نكاح المنفردتين فلهن نصف ثلاثة ارباع الميراث وذلك سهم ونصف من أربعة وما بقى بين المنفردتين لاستواء حالهما ولانهما يستحقان جميع الميراث فى حال وهو ان يكون نكاحهما سابقاً والربع في حال وهو ان يكون نكاح الثلاث سابقاً فالربع لهما بيقين وهو سهم من أربعة وثلاثة تثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهما سهمان ونصف من أربعة وحالهما في استحقاق ذلك سواء فيكون بينهما نصفين وللثلاث مهر ونصف لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وللمنفردتين مهر ونصف لان نكاح إحداهما صحيح بيقين تقدم أو تأخر فيتيقن لها بمهر والاخرى ان صح نكاحها فلها مهر وان لم يصح فلا شئ لها فيتنصف مهرها وليست احداهما بأولى من الاخرى بشئ فما اجتمع لهما وهو مهر ونصف بينهما نصفان ﴿ قال ﴾ واذا تزوج واحدة فى عقدة وثنتين فى عقدة وثلاثا فى عقدة وأربعا فى عقدة ثم مات ولا يعرف أيتهن أول فنقول ميراث النساء ربعا كان أو ثمناً بين الثنتين والثلاث والاربع أثلاثا لان الميراث انما يتوزع على الاحوال والاحوال ثلاثة بيقين إما أن يصح نكاح الاربع أو نكاح الثلاث مع الواحدة أو نكاح الثنتين مع الواحدة وليس هنا حالة رابعة وباعتبار الاحوال كل فريق فى استحقاق الميراث مساو للفريقين الآخرين على معنى أنه ان تقدم نكاحه استحق الميراث والا فلا فلهذا كان الميراث بينهن أثلاثا لا مزاحمة للواحدة مع الاربع فى الثلث الذى صار لهن لان نكاحها لا يجوز معهن وانما أخذن ما أخذن باعتبار جواز نكاحهن ولكنها تدخل مع الثلاث فتأخذ ثمن ما أصابهن لانهن انما أخذن ما أخذن باعتبار جواز نكاحهن ونكاح الواحدة يجوز معهن الا أن فى نكاح الواحدة ترددا فانه اما أن يجوز مع الثلاث أو مع الثنتين فان جاز مع الثلاث كان لها ربع ما فى يدي الثلاث وان جاز مع الثنتين لم يكن لها شئ مما فى يدى الثلاث فتأخذ مما في يدى الثلاث نصف الربع وهو الثمن والباقي بين الثلاث أثلاثا ثم تدخل مع الثنتين فتأخذ سدس ما فى يديهما لانهما أخذتا باعتبار جواز نكاحهما ونكاح الواحدة يجوز مع نكاحهما فان كان جواز نكاحها معهما كان لها ثلث ما في أيديهما وان كان مع الثلاث لم يكن لها شئ مما فى أيديهما فلهذا تأخذ منهما نصف الثلث وهو سدس ما في أيديهما والباقي بينهما نصفان وأما حكم المهر فنقول على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لهن ثلاثة مهور

Maktaba Tul Ishaat.com

ونصف مهر لانه ان جاز نكاح الاربع فلهن أربعة مهور وان جاز نكاح الثلاث مع الواحدة فكذلك وان كان جاز نكاح الثنتين مع الواحدة فلهن ثلاثة مهور فثلاثة مهور لهن بيقين والمهر الرابع يثبت في حالين ولا يثبت فى حال ولكن أحوال الاصابة حالة واحدة فكانه ثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهن ثلاثة مهور ونصف مهر فاما نصف مهر من ذلك فللاربع ثلاثة أرباعه وللثلاث ربعه لانه لا منازعة للثنتين فى هذا النصف والاربع يدعين ذلك لأنفسهن والثلاث يدعين ذلك بانضمام الواحدة اليهن وانضمام الواحدة اليهن فى حال دون حال فباعتبار الحالين يكون للثلاث نصف نصف هذا وهو الربع وللاربع ثلاثة أرباع فأما مهر واحد فللاربع منه سدسان ونصف سدس وللثلاث سدسان ونصف سدس وللثنتين سدس لان الثلاث والاربع يدعين هذا المهر لانفسهن والثنتان لا يدعيان ذلك الا بانضمام الواحدة اليهما وانضمام الواحدة اليهما فى حال دون حال ففي حالة الانضمام لهما ثلث ذلك وفى غير حالة الانضمام لا شيء لهما فلهما نصف الثلث وهو السدس والباقى وهو خمسة أسداس استوت فيه منازعة الثلاث والأربع فكان بينهما نصفين لكل فريق سدسان ونصف سدس وأما المهران فقد استوت فى ذلك منازعة الفرق الثلاث فكان بينهن أثلاثاً لكل فريق ثلثا مهر فأما الأربع فقد أصابهن مرة ثلثا مهر ومرة سدسان ونصف سدس ومرة ثلاثة أرباع النصف فيجمع ذلك كله ويقسم بينهن بالسوية اذلا مزاحمة للواحدة معهن واما الثلاث فقد أصابهن مرة ثمن مهر ومرة سدسان ونصف سدس ومرة ثلثا مهر فيجمع ذلك كله ثم الواحدة تأخذ ثمن جميع ذلك لانه ان صح نكاحها معهن فلها ربع ذلك وان لم يصح فلاشيء لها فتأخذ ثمن ذلك والباقي بين الثلاث بالسوية واما الثنتان فانهما أصابهما مرة ثلثا مهر ومرة سدس مهر فتدخل الواحدة معهما وتأخذ سدس مافي أيديهما لانه ان جاز نكاحها معهما فلها ثلث ذلك والافلا شيء لها فتأخذ نصف الثلث وهو السدس ثم الباقى بينهما نصفان واذا أردت تصحيح الحساب فالطريق فيه ضرب هذا المخارج بعضها فى بعض وهو واضح لا يشتغل به للتحرز عن التطويل وعلى قول محمد رحمه الله تعالى للاربع مهر وثلث مهر وللثلاث مهر وللاثنتين ثلثا مهر وللواحدة نصف مهر فجملة ذلك أيضاً ثلاثة مهور ونصف كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ووجه التخريج ان الأحوال ثلاثة فيجب اعتبار كل حالة فيقول نكاح الاربع يصح فى حال ولا يصح فى حالين فان صح

نكاحهن فلهن أربعة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن وأحوال الحرمان أحوال فلهن ثلث ذلك وهو مهر وثلث مهر بينهن بالسوية والثلاث ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن ونكاحهن يصح في حال ولا يصح في حالين فلهن ثلث ذلك وهو مهر واحد والثنتان ان صح نكاحهما فلهما مهران ونكاحهما صحيح في حال دون حالين فلهما ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر والواحدة يصح نكاحها في حالين اما مع الثلاث أو مع الثنتين ولا يصح نكاحها في حال وهو ما اذا تقدم نكاح الاربع لكن أحوال الاصابة حالة واحدة فكان نكاحها يصح في حال دون حال فكان لها نصف المهر وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها احتياطا

(قال) فان كانت احدى الاربع أمة والمسئلة بحالها فنكاح الأمة فاسد بيقين لانضمامها الى الحرائر ولا حظ لها من المهر ولا من الميراث ونكاح المنفردة هنا صحيح على كل حال لان الباقي في الحاصل ثلاث وثلاث واثنتان وواحدة فيتيقن بصحة نكاح الواحدة اما مع الثنتين أو مع احد الفريقين من الثلاث ثم بيان حكم المهران على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لهن ثلاثة مهور ونصف لما بينا ان أكثر مالهن أربعة مهور وأقل مالهن ثلاثة مهور فيتوزع المهر الرابع نصفين ثم للمنفردة من هذه الجملة مهر كامل لانا تيقنا بصحة نكاحها بقي مهران ونصف فأما نصف مهر من ذلك لامنازعة فيه للثنتين وكل فريق من الثلاث يدعين ذلك فيكون بين الفريقين نصفين بقي مهران استوت فيهما منازعة الفرق الثلاثة فكان بينهن أثلاثا لكل فريق ثلثا مهر فأما على قول محمد فللواحدة مهر كامل لما قلنا ولكل فريق من الثلاث مهر واحد لان نكاح كل فريق يصح في حال ولا يصح في حالين وفي حالة الصحة لهن ثلاثة مهور وأحوال الحرمان أحوال فكان لكل فريق ثلث ذلك وهو مهر واحد ونكاح الثنتين يصح في حال ولا يصح في حالين وفي حالة الصحة لهما مهران فلهما ثلث ذلك وهو ثلثا مهر وميراث النساء بينهن للواحدة من ذلك سبعة من أربعة وعشرين لان نكاحها صحيح بيقين فان صح مع الثنتين فلها ثلث الميراث ثمانية من أربعة وعشرين وان صح مع الثلاث فلها ربع الميراث ستة من أربعة وعشرين فقدر ستة يقين وما زاد على ذلك يثبت في حال دون حال فلهذا كان لها سبعة ولا يقال ستة لها في حالين بأن يصح نكاحها مع هؤلاء الثلاث أو مع الفريق الآخر فكان ينبغي أن تعتبر الحالتان في حقها لانهما حالتا حرمان الزيادة وهذا لانه لا فرق في حقها بين أن يكون صحة نكاحها مع هذا

الفريق

Maktaba Tul Ishaat.com

الفريق أومع الفريق الآخر واعتبار الاحوال لايتفاوت و اذا لم يكن فى حقها تفاوت فى هاتين الحالتين فهما حالة واحدة ﴿قال﴾ ولهم واحد من الباقى وهو سبعة عشر بين الثلاث نصفان لان الثنتين لا يدعيان أكثر من ثاثى الميراث وما بقى وهو ستة عشر بينهن اثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق ذلك ولكن هذا الجواب على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فاما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الباقى بعد نصيب الواحدة كله مقسوم بين الفرق أثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق مافرغ من حق الواحدة وقد تقدم بيان نظائره ﴿قال﴾ ولوكان طلق اثنتين من نسائه ثم مات قبل ان يبين والمسئلة بحالها كان لهن مهران ونصف لانه قد سقط بطلاق الثنتين قبل الدخول مهر واحد وقد كان الثابت لهن قبل الطلاق ثلاثة مهور ونصفا فاذا سقط مهر كان الباقي مهرين ونصفا فاما الواحدة فأكثر مايكون لها ربع ثلاثة مهور بان كان صح نكاحها مع الثلاث ووجب أربعة مهور ثم سقط مهر بالطلاق بقى ثلاثة مهور لها ربع ذلك وأقل مايكون لها ثلث مهرين بأن يكون نكاحها صح مع الثنتين فكان الواجب ثلاثة مهور سقط مهر بالطلاق وبقى مهران فلها ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر فقدر ثلثي مهر لها بيقين وما زاد على ذلك الى تمام ثلاثة ارباع مهر وذلك نصف سدس مهر يثبت فى حال دون حال فيتنصف فيكون لها ثلثامهر وربع سدس مهر ومابقى يكون بين الفرق الثلاثة أثلاثا لاستواء حالهن فى دعوى ذلك والميراث على ماوصفنا في المسئلة الاولى قال الحاكم رحمه الله تعالى هذا الجواب ليس بسديد فى حكم المهر على مذهب ابى يوسف رحمه الله تعالى ولم يبين الجواب الصواب على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ولكن بيان ذلك على مذهبه ان نقول لما كان الواجب لهن مهرين ونصفا فاما نصف مهر من ذلك تأخذه الواحدة لان الثنتين لا يدعيان ذلك أصلا والثلاث انما يدعين ذلك بالواحدة فاما بدون الواحدة فلا يدعين شيئا من ذلك فكانت الواحدة بذلك أولى ممن يدعي الاستحقاق بها فلهذا تأخذ الواحدة نصف مهر بقى مهران فاما نصف مهر من ذلك فالثلاث يدعين ذلك بأنفسهن والمثنى يدعيان ذلك بالواحدة والواحدة مضمومة اليهن فى حال دون حال فكان سدس هذا النصف للمثنى ولكل فريق من الثلاث سدسان ونصف سدس بقى مهر ونصف استوت منازعة الفرق الثلاث فيه فكان بينهن اثلاثا فقد أصاب الثنتين مرة نصف مهر ومرة سدس النصف فذلك سبعة من اثنى عشر وأصاب كل فريق من الثلاث مرة

نصف مهر ومرة سهمان ونصف سدس من ستة من النصف الآخر فذلك ثمانية ونصف ثم الواحدة ان كان يصح نكاحها مع الثنتين فلها ثلثا مهر وقد وصل اليها نصف مهر بقى الى تمام حقها سدس مهر ونكاحها مع الثنتين صحيح فى حال دون حالين فتأخذ منهما ثلث سدس مهر ثم تجئ الى كل فريق من الثلاث فان صح نكاحها مع كل فريق من الثلاث فلها ثلاثة ارباع مهر وقد وصل اليها نصف مهر بقى الى تمام حقها سدس ونصف سدس فتأخذ من كل فريق ثلث ذلك فيجتمع لها ثلثا مهر وثلث سدس مهر وما بقى فى يد كل فريق مقسوم بينهم بالسوية ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل امرأة وابنتيها فى عقد متفرقة ثم مات ولا يعلم أيتهن أول فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح الواحدة وهى السابقة منهن أيتهن كانت ثم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى نصف هذا المهر الام ونصفه للبنتين بينهما نصفان وكذلك الميراث نصفه للأم ونصفه للبنتين بينهما نصفان وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر والميراث بينهن أثلاثا فطريقهما واضح فان حجة كل واحدة مثل حجة صاحبتيها على معنى أنه ان تقدم نكاحها استحقت ذلك وان تأخر فلا شئ لها والمساواة فى سبب الاستحقاق يوجب المساواة فى الاستحقاق ألا ترى أنهن لو كن امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان الميراث والمهر بينهن أثلاثا فأما أبو حنيفة رحمه الله له فى المسئلة طريقان أشار فى الكتاب الى أحدهما فقال من قبل أنه لا يثبت نكاح احدى البنتين بيقين ومعنى هذا أنا تيقنا ببطلان نكاح احدى البنتين وان الأم لا يزاحمها الا احدى البنتين فلهذا كان لها نصف المهر ونصف الميراث وقد استوى فى النصف الآخر حال البنتين لانه ليست احداهما بتعيين جهة البطلان فى نكاحها بأولى من الأخرى فلهذا كان بينهما نصفين وطريق آخر أن سبب بطلان النكاح فى حق الام واحد وهو المصاهرة لانه سواء تزوج الكبرى من البنتين أولا أو الصغرى فقد حرمت الام بالمصاهرة فأما السبب فى حق كل واحد من البنتين مختلف لأن فساد نكاحها مرة فى الجمع بين الاختين ومرة بالجمع بين الام والبنت واحدهما غير الآخر فوجب اعتبار الثنتين فى حق كل واحدة منهما والتوزع على أسباب الحرمة فاذا كان سبب الحرمة فى حق الأم واحداً وفى حق البنتين متعدداً لم يكن بينها وبين كل واحدة منهما مساواة فى الحرمان بل حالها أحسن فكان لها ضعف ما لكل واحدة منهما فأما ما استشهدا به فقد قيل الكل

Maktaba Tul Ishaat.com

على الاختلاف وقد يستشهد محمد رحمه الله تعالى بالمختلف على المختلف والصحيح الفرق من قبل انه لا يقين فى بطلان نكاح واحدة بل حال الام والجدة والنافلة فى ذلك سواء وكذلك السبب المتعدد فى حرمة كل واحدة منهن باعتبار اختلاف الاسم كالام والجدة والام والخالة أوالام والبنت فلما استوى حالهن كان الواجب بينهن أثلاثا بالسوية وان متن جميعاً والزوج حي فالقول فى الاولى منهن قوله كما فى حال حياتهن القول فى بيان الاولى قوله لان الملك حقه فكذلك بعد موتهن القول في بيان الاولى قوله وان مات الزوج بعدهن قبل أن يبين فله ثلث ميراث زوج من كل واحدة منهن وعليه ثلث ما سمي لكل واحدة منهن من المهر باعتبار الاحوال لان نكاح كل واحدة صحيح فى حال دون حالين فلها ثلث ما سمي لها وباعتبار صحة نكاحها له ميراث زوج منها والصحة في حال دون حالين فله ثلث ميراث زوج من كل واحدة منهن ﴿ قال ﴾ فان كان تزوج البنتين فى عقدة واحدة فنكاحهما باطل لانا نتيقن ببطلان نكاحهما بسبب الجمع بين الاختين سواء تقدم أو تأخر وعند التيقن ببطلان نكاحهما نتيقن بصحة نكاح الام فهى امرأته تقدم نكاحها أو تأخر ﴿ قال ﴾ وان كان قد دخل بهن جميعا ثم مات ولا يدرى أيتهن دخل بها أولا فنقول اما لكل واحدة من البنتين الاقل مما سمى لها ومن مهر المثل لانه دخل بهما بحكم نكاح فاسد ولا ميراث لهما لفساد نكاحهما وكذلك لا ميراث للأم لان نكاحها قد بطل فى حال حياته بالدخول بالبنتين سابقا أو متأخراً فان الدخول بالبنت يحرم الام على التأبيد وأما المهر ففى القياس للام مهر وربع مهر وفى الاستحسان لها مهر واحد وجه القياس ان نكاح الام صحيح بيقين فان كان دخل باحدى البنتين قبل الام فقد حرمت الام بذلك ووجب لها نصف المهر لان الفرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ثم دخل بالام بعد ذلك فيجب لها بالدخول مهر فكان لها من هذا الوجه مهر ونصف وان كان دخل بالام أولا فلها مهر واحد وهو المسمى ثم حرمت عليه بالدخول بالبنت بعد ذلك فان كان لها في وجه مهر ونصف وفي وجه مهر فلها مهر بيقين والنصف يثبت فى حال دون حال فيتنصف ولكنه استحسن فقال لها مهر واحد لانه يجعل كانه دخل بالأم أولا فان فعله محمول على الحل ما أمكن وأول فعله يمكن أن يحمل على الوطء الحلال ثم لا امكان بعد ذلك فلهذا جعلنا كأنه وطئ الأم أولا حتى يعلم غير ذلك والثانى ان المهر والنصف وجوبهما باعتبار

Maktaba Tul Ishaat.com

سببين أحدهما العقد الصحيح والآخر الوطء بالشبهة ولم يظهر السببان إنما الظاهر سبب واحد وهو العقد الصحيح فاما الوطء تصرف في الملك بعده وباعتبار العقد الصحيح لا يجب الامهر واحد فلهذا كان لها مهر واحد وعلى كل واحدة منهن ثلاث حيض لدخوله بهن ولو لم يكن دخل بالأم ودخل بالبنتين أو احداهما فللام نصف المسمي لوقوع الفرقة بسبب من جهة الزوج بعد صحة نكاحها ولا عدة عليها وللمدخول بها من البنتين الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة بثلاث حيض ﴿قال﴾ وان كان تزوجهن في عقد متفرقة ولم يدخل بشئ منهن حتى قال احدا كن طالق فهذا الكلام لغو منه لان السابق منهن امرأته والاخريان أجنبيتان ومن جمع بين امرأته وأجنبيتين وقال احدا كن طالق لم يقع شئ ﴿قال﴾ وان قال احدى نسائه طالق وقع على امرأته منهن لانه أضاف الطلاق الى امرأته فان في نكاحه امرأة واحدة ومن كان في نكاحه امرأة واحدة اذا قال احدى نسائي طالق وقع الطلاق بذلك اللفظ على امرأته بخلاف الاول فان هناك أوقع الطلاق على احدى المعينات بغير عينها وفيهن من ليست بمنكوحة له فلا تتعين امرأته لذلك الطلاق واذا وقع الطلاق على امرأته فلها نصف المهر ثم الخلاف في نصف المهر هنا كالخلاف في جميع المهر في المسئلة الاولى ولاميراث لواحدة منهن لوقوع الفرقة بالطلاق قبل الدخول ﴿قال﴾ وان كان تزوج البنتين في عقدة ثم قال احدي نسائي طالق طلقت الام بذلك لان الصحيح نكاح الام وهو بهذا اللفظ موقع الطلاق على من صح النكاح بينه وبينها فلهذا طلقت الام ولها نصف المهر ولاعدة عليها ولاميراث لها وان قال احدا كن طالق لم يقع الطلاق على الام الاان ينويها لانه جمع بين امرأته واجنبيتين وأوقع الطلاق على احداهن فلا يتعين لذلك امرأته الا أن ينويها بقلبه ولو كان تزوجهن في عقدة واحدة فنكاحهن فاسد بعلة الجمع فان كان فيهن أمة جاز نكاح الامة لان نكاح الحرتين منهن باطل بيقين فان الحرتين ان كانتا ابنتين بطل نكاحهما للجمع بين الأختين وان كانتا أما وبنتا بطل نكاحهما للجمع أيضا ومتى كان نكاح الحرتين باطلا بيقين لا يبطل به نكاح الأمة لان بطلان نكاح الامة بضمها الى الحرة وذلك عند صحة نكاح الحرة لاعند بطلان نكاحها ﴿قال﴾ وان كان فيهن أمتان جاز نكاح الحرة لان نكاح الأمتين باطل بيقين فانهما اما أختان أو أم وبنت واذا بطل نكاحهما كان ضمهما الى الحرة لغوا فجاز نكاح الحرة

Maktaba Tul Ishaat.com

بمنزلة مالو كانت اثنتان منهما ذواتي زوج أو في عدة من زوج ولما بطل نكاحهما صح نكاح الفارغة منهن ﴿قال﴾ وان تزوج خمس حرائر وأربع اماء فى عقدة واحدة جاز نكاح الاماء وبطل نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد كان باطلا ولو انفرد نكاح الاماء كان صحيحاً فعند الجمع يصح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد وبمثله لو تزوج أربع اماء وأربع حرائر في عقدة جاز نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد هنا كان صحيحا فيندفع بنكاحهن نكاح الاماء كما لو تزوج حرة وأمة فى عقدة واحدة والاصل الذى تدور عليه المسائل انه متى جمع فى العقد بين الحرائر والاماء نظر فان كان نكاح الحرة يجوز عند الانفراد يبطل نكاح الامة لانه تحقق ضمها الى الحرة في النكاح وان كان نكاح الحرة لايجوز عند الانفراد يصح نكاح الامة لانه لم يتحقق انضمامها الى الحرة فى النكاح ألا ترى أن الحرة لو كانت ذات رحم محرم منه فجمع بينها وبين أمة فى النكاح جاز نكاح الامة لانه لم يتحقق ضمها الى نكاح الحرة حين لا وجه لتصحيح نكاح الحرة ﴿قال﴾ وان تزوج حرة وأمة في عقدة واحدة واحداهما ابنت الاخرى جاز نكاح الحرة لان كل واحدة لو انفرد نكاحها هنا يصح فيتحقق ضم الامة الى الحرة فلهذا جاز نكاح الحرة دون الامة ﴿قال﴾ واذا كان للرجل أربع نسوة فتزوج خامسة ودخل بها فرق بينه وبينها لبطلان نكاحها وعليه لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة ولم يقرب الاربع حتى تنقضى عدة الخامسة لانه لو قربهن كان جامعا ماءه فى رحم خمس نسوة بالنكاح ولان عدة تلك الواحدة يمنع ابتداء نكاح الاربع اذا اقترن بنكاحهن فيمنع الوطء اذا طرأ على نكاحهن كعدة الاخت لما منعت نكاح الاخت اذا اقترنت به منعت الوطء اذا طرأت عليه حتى اذا وطئ أخت امرأته بشبهة فليس له أن يطأ امرأته حتى تنقضي عدة أختها ﴿قال﴾ ولا بأس أن يتزوج الرجل أخت أم ولده لان فراش أم الولد ضعيف ألا ترى أنه مجوز للنسب غير ملزم حتى لو نفى المولى ولده انتفى بمجرد نفيه والنكاح قوى ملزم بنفسه والضعيف لايكون دافعا للقوى والدليل عليه أن المولى لو زوج أم ولده كان النكاح صحيحا فكما أن فراشها لضعفه لايمنع تزويجها فكذلك لايمنع المولى نكاح أختها اعتبارا للمنع فى احد الجانبين بالمنع فى الجانب الآخر وكذلك لو تزوج أخت مدبرته أو أخت أمة له قد كان يطأها وهذا أظهر فانه لافراش لهما غير أنه لاينبغى أن يطأ التي تزوج حتى يملك فرج الامة غيره لانه لو وطأها صار جامعاً ماءه فى رحم

Maktaba Tul Ishaat.com

أختين ولان الجمع بين الاختين في الاستفراش الحقيقي حرام وقد تحقق منه استفراش الاولى فلا يحل له أن يستفرش الثانية مالم ينقطع حكم ذلك الاستفراش وانقطاعه بالتزويج أو البيع في محل البيع فان لم يكن وطئ أمته ولا مدبرته فلا بأس بأن يطأ امرأته وليس له أن يطأ الامة والمدبرة بعد النكاح لان المنكوحة بالعقد صارت فراشاً فليس له أن يستفرش الامة بعد ذلك وله أن يطأ المنكوحة لانه لافراش له على المملوكة حقيقة وحكما ﴿قال﴾ ولو زوج أم ولده ثم وطئ امرأته ثم مات زوج أم الولد أو فارقها فله أن يطأ امرأته مادامت أم ولده تعتد من زوجها لان فرجها حرام عليه في حال عدتها كما هو حرام عليه في حال نكاحها فاذا انقضت عدتها فلا ينبغي له ان يطأ امرأته حتى يملك فرج أم الولد من غيره لان النكاح قد ارتفع بآثاره فعاد الحكم الذي كان قبله وكذلك الامة والمدبرة اذا كان وطئها قبل ان يتزوج الأخت فحكمهما وحكم أم الولد سواء ﴿قال﴾ فان أعتق أم ولده فعليها ان تعتد بثلاث حيض عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى عليها حيضة واحدة ومذهبنا مروى عن عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ومذهبه مروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ويستوى ان أعتقها أو مات عنها الا على قول عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما فانه كان يقول لا تلبسوا علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم عدة أم الولد اذا مات عنها سيدها أربعة أشهر وعشراً و هذا دليلنا فانه الزمها عدة الحرائر الا انا نوجب الحيض لان هذه العدة لا تجب الا باعتبار الدخول وتوهم اشتغال الرحم فيقدر بالحيض في الحياة والوفاة كالعدة من نكاح فاسد ووطء شبهة احتج الشافعي فقال عدتها أثر ملك اليمين فتتقدر بحيضة واحدة كالاستبراء ودليل صحة اعتباره بالاستبراء أنه لا يختلف بالحياة والوفاة وتأثيره ان المقصود تبين فراغ الرحم لا غير وذلك يحصل بالقرء الواحد ولكنا نقول هذه عدة وجبت على حرة فلا يكتفي فيها بحيضة واحدة كعدة النكاح بل أولى فان عدة النكاح قد تجب على الأمة وهذه العدة لا تجب الا على الحرة وتأثيره ان الحرة كاملة الحال فالوظيفة التي لا تجب الا على الحرة تجب بصفة الكمال لان المعتبر حال وجوب العدة لا ما كان قبله وبه يتبين الفرق بينه وبين الاستبراء فان الاستبراء لا يجب عليها ولكن على المولى أن يستبرئها قال صلى الله عليه وسلم ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتي يستبرأن بحيضة وهذا خطاب للمولى دون الأمة فان قول القائل لا تضرب فلانا خطاب للضارب دون المضروب توضيحه

Maktaba Tul Ishaat.com

أن سبب وجوب الاستبراء حدوث ملك الحل بسبب ملك اليمين ألا ترى أنه لو اشتراها من صبي أو امرأة يجب وهنا سبب وجوب المدة زوال الفراش والعدة التي تجب بزوال الفراش لايكتفي فيها بحيضة واحدة فان تزوج المولى أختها في عدتها لم يجز عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى غير انه لايقربها حتى تنقضي عدة أختها ولو تزوج أربعاً سواها في عدتها جاز عندنا وله ان يقربهن وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له ذلك زفر رحمه الله تعالى يقول انهامعتدة فلايتزوج أختهاولاأربعا سواها كالمعتدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة بل أولى لان أصل فراشه في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ماكان موجبا للحل له وأصل الفراش هنا موجب الحل ثم العدة التي هي أثر الفراش هناك تمنع نكاح الأخت والأربع فهنا أولى وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا عدة أم الولد أثر فراشها وأثر الشئ لايربو على أثر أصله في المنع فاذا كان أصل فراشها لايمنع المولى من نكاح أختها وأربع سواها فكذلك أثر فراشها وأصل الفراش بالنكاح الصحيح أو الفاسد بعد الدخول يمنع نكاح الأخت والأربع فكذلك أثره وهذا لانه يبقى ببقاء العدة من المنع ماكان ثابتاً لاان يثبت مالم يكن ثابتا وهذا بخلاف تزويجها من الغير فان أصل فراشها مانع من التزويج من الغير اذا بقي حتى لو كانت حاملا ليس له ان يزوجها من غيره فكذلك أثر فراشها يمنع الا انها اذا كانت حاملا فله ان يقطع فراشها بالتزويج وليس له ان يقطع عدتها لحق الشرع والفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما من وجهين (أحدهما) أن بسبب بقاء العدة يبقى الفراش حتى اذا جاءت بالولد يثبت النسب منه ولا يثبت النسب منه الا باعتبار الفراش فلو تزوج أختها صار جامعا بين الاختين في الفراش وذلك حرام واذا تزوج أربعا سواها صار جامعا بين خمس نسوة في الفراش ولكن بسببين مختلفين وذلك جائز ألا ترى أن من عنده أربع نسوة له أن يستولد من الجواري ما شاء والثاني أن فراشها بالعتق يتقوى حتى يثبت النسب بعد العتق على وجه لا يملك نفيه بخلاف ما قبل العتق وكذلك بعد العتق لا يملك تزويجها وان كان قبل العتق يجوز تزويجها فكل منع كان ثابتاً في أصل فراشها يتقوي ذلك بعتقها والمنع من استفراش الاخت كان ثابتا في أصل فراشها حتى لا يحل له أن يطأ أختها بملك اليمين ولا بملك النكاح فيتقوى ذلك المنع بالعتق فيمنع عقد النكاح أصلا ولم يكن هو في أصل فراشها

Maktaba Tul Ishaat.com

ممنوعا من استفراش الاربع بالنكاح فلو صار ممنوعا بعد العتق كان هذا اثبات منع مبتدأ لا اظهار قوة فيما كان ثابتا توضيحه أن المقصود بالنكاح الوطء ولما لم يكن هو باعتبار عدتها ممنوعا من وطء الاربع بالنكاح بأن يعتقها وتحته أربع نسوة كان له أن يطأهن فكذلك لا يكون ممنوعا من العقد عليها أيضاً بمنزلة المعتدة بالنكاح ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل أربع نسوة فى عقدة وثلاثا في عقدة ثم طلق احدى نسائه ثم مات قبل ان يبين فلهن ثلاثة مهور أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلان أكثر مالهن ثلاثة مهور ونصف مهربان صح نكاح الأربع وقد سقط بطلاق احداهن نصف مهر وأقل مالهن مهران ونصف مهر بان صح نكاح الثلاث وقد سقط نصف مهر بطلاق احداهن فقدر مهرين ونصف بيقين ومهر آخر يثبت فى حال دون حال فيتنصف فكان لهن ثلاثة مهور نصف مهر من ذلك للأربع خاصة لان الثلاث لا يدعين ذلك واستوت منازعة الفريقين فى المهرين والنصف فكان بينهما نصفان لكل فريق مهر وربع والميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما فى استحقاقه وعند محمد رحمه الله تعالى كذلك لان الاربع ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور ونصف مهر لانه طلق احداهن قبل الدخول وان لم يصح نكاحهن فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وثلاثة ارباع والثلاث ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف وان لم يصح فلاشئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وربع مهر ﴿قال﴾ ولو تزوج ثلاث نسوة في عقدة فدخل بواحدة منهن ولم يدخل بالثنتين ثم طلق إحدى نسائه واحدة والاخرى ثلاثا ثم مات قبل أن يبين فللمدخول بها مهر تام لتأكد مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربع مهر في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان أكثر مايكون لهما مهر ونصف بأن يكون احد الطلاقين واقعا على المدخول بها والآخر على احدهما وأقل مالهما مهر واحد بأن يكون الطلاقان وقعا عليهما فمهر واحد لهما بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهما مهر وربع مهر بينهما نصفان وعلى قول محمد رحمه الله تعالى للتين لم يدخل بهما مهر وثلث مهر هكذا ذكر في هذا الكتاب وفي الزيادات يقول لهما مهر وربع مهر كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولكن بطريق آخر وهو ان احداهما مطلقة بيقين فيعزلها بنصف مهر والاخرى ان وقع الطلاق عليها فلها نصف مهر وان لم يقع فلها مهر كامل فنصف مهر لها بيقين والنصف الآخر يثبت

في

في حال دون حال فيتنصف فكان لها ثلاثة ارباع مهر فاذا ضممت ذلك الى نصف مهر يكون مهرا وربع مهر بينهما ووجه رواية هذا الكتاب انه لو لم يدخل بشئ منهن لكان الواجب عليه مهرين بينهن اثلاثا لكل واحدة منهن ثلثا مهر لانه قدسقط بالطلاقين مهر واحد وبان دخل باحداهن حتى لم ينتقص من مهرها شئ لم يؤثر ذلك في حق الأخريين بل يجعل في حقهما كأنه لم يدخل بشئ منهن فيكون لهما مهر وثلث مهر بينهما نصفان لكل واحدة منهما ثلثا مهر وأما الميراث فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى للمدخول بها خمسة أسهم من اثنى عشر سهما من ميراث النساء والاخريين سبعة أسهم لانه يلغى التطليقات الثلاث فان حالهن فيها على السواء على معني انه على أيتهن وقعت حرمتها بقيت التطليقة الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها ثلث ميراث النساء أربعة من اثني عشر سهما وان وقعت على أحدى اللتين لم يدخل بهما فلها نصف الميراث ستة فمقدار أربعة لها بيقين وما زاد على ذلك وهو سهمان يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لها خمسة من اثني عشر والباقي للتين لم يدخل بهما وان وقع الطلاق على احدى اللتين لم يدخل بهما فلهما نصف الميراث وان وقع على المدخول بها فلهما ثلثا الميراث فمقدار ستة لهما بيقين وسهمان يثبت في حال دون حال فيتنصف فكان لهما سبعة وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب ان قول محمد رحمه الله تعالى في الميراث كقول أبي يوسف رحمه الله تعالى وفي بعض النسخ قال عنده للمدخول بها خمسة أثمان ميراث النساء وللتين لم يدخل بهما ثلاثة أثمان ميراث النساء ووجه ذلك ان احدى اللتين لم يدخل بهما مطلقة محرومة عن الميراث بيقين فعزلها للحرمان وان كانت معزولة بوقوع الواحدة عليها بقي الثلاث على أيتهما وقعت حرمتها فيكون الميراث في هذه الحالة نصفين نصفه لاتي دخل بها ونصفه للتين لم يدخل بهما وان كانت المعزولة للحرمان معزولة بوقوع الثلاث عليها فان وقعت الواحدة على غير المدخول بها فالميراث كله للمدخول بها وان وقعت على المدخول بها فالميراث بينهما نصفان فيثبت للمدخول بها في هذه الحالة ثلاثة ارباع الميراث ستة من ثمانية باعتبار ان لها النصف في حال والكل في حال وقد كان لها في الحالة الاولى أربعة فأربعة لها بيقين ومازاد على ذلك الى تمام ستة يثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لها خمسة من ثمانية وما بقي للتين لم يدخل بهما أو لان لهما في الحالة الثانية الربع وفي الحالة الاولى النصف فيتنصف الربع باعتبار الاحوال

Maktaba Tul Ishaat.com

فلهذا كان لها ثلاثة أثمان الميراث وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث ووجه ذلك أن احدى الاثنين لم يدخل بهما محرومة عن الميراث فيعزلها بايقاع الثلاث عليها لانا نتيقن أن ايقاع الثلاث موجب حرمان الميراث ولا يتيقن بذلك في الواحدة فجعلنا المعزولة للحرمان كان الثلاث وقعت عليها بقيت الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها نصف الميراث وان وقعت على غير المدخول بها فللمدخول بها جميع الميراث فكان لها باعتبار الاحوال ثلاثة أرباع الميراث والباقي وهو ربع الميراث للتين لم يدخل بهما ولو كان دخل باثنتين منهن والمسئلة بحالها فلكل واحدة من اللتين دخل بهما مهر كامل لتأكد مهرهما بالدخول بالنكاح الصحيح والتي لم يدخل بها ثلاثة أرباع المهر فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فانها ان كانت مطلقة فلها نصف مهر وان لم يقع عليها شئ فلها مهر كامل فنصف مهر لها بيقين والنصف الآخر يثبت فى حال دون حال فيتنصف قال وكذلك الجواب عند محمد رحمه الله تعالى وينبغى على قول محمد رحمه الله تعالى أن يكون لها ثلثا مهر بالطريق الذى قلنا أنه لو لم يدخل بشئ منهن كان لكل واحدة منهن ثلثا مهر فيجعل فى حق التى لم يدخل بها كأنه لم يدخل بشئ منهن لان الدخول بغيرها لا يزيد فى حقها سببا فأما الميراث فعلى قول أبي يوسف للتي لم يدخل بها سدس الميراث لانه ان لم يقع عليها شئ فلها ثلث الميراث وان وقع عليها الطلاق فلا شئ لها فلها سدس الميراث به علل محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب وهو غلط فانه ان لم يقع عليها شئ كان لها نصف الميراث لانه لا يزاحمها فى الميراث الا واحدة فان من وقع عليها الطلاق الثلاث من المدخولتين محرومة عن الميراث ولكن الطريق في التخريج أن التي لم يدخل بها لها ثلاثة أحوال ان وقع عليها واحدة فلا شئ لها وان وقع عليها الثلاث فلا شئ لها وان لم يقع عليها شئ فلها نصف الميراث فلها حالتا حرمان وحالة اصابة فلهذا جعل لها ثلث النصف وهو السدس قال وكذلك الجواب فى الميراث عند محمد رحمه الله تعالى قال الحاكم رحمه الله وليس ذلك بسديد بل الصواب عند محمد رحمه الله تعالى أن يكون لها ثمن الميراث وهكذا ذكر فى بعض الروايات لان احدى المدخولتين وارثة فيعزلها للاستحقاق فان كانت معزولة بأن لم يقع عليها شئ فلا شئ للتى لم يدخل بها فى هذه الحالة لان احد الطلاقين وقع عليها لا محالة وان كانت المعزولة للاستحقاق معزولة بوقوع الواحدة عليها فان وقع الثلاث على الأخرى فللتى لم يدخل بها نصف الميراث وان وقع الثلاث على التى لم

Maktaba Tul Ishaat.com

يدخل بها فلا شئ لها من الميراث فاذا كان لها النصف في حالة وفي حالة لاشئ لها كان لها الربع ثم هـذا الربع لها فى هـذه الحالة ولا شئ لها فى الحالة الاولى فلها نصف الربع وهو الثمن والباقى للتين دخل بهما ﴿قال﴾ واذا تزوج امرأتين في عقدة وثلاثا فى عقـدة ثم قال قد دخلت باحد الفريقين ثم مات قبل أن يبين فللثنتين مهر واحد وللثلاث مهر ونصف لأن الثلاث ان صح نكاحهن بالسبق وقد دخـل بهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصـح فلا شئ لهن فلهن مهر ونصف مهر والثنتان ان صح نكاحهما فان دخل بهما فلهـما مهران وان لم يصح فلا شئ لهما فلهما مهر واحد والميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما فيه وفقه هـذه المسئلة أنه جعل اقراره بالدخول باحد الفريقين اقرارا بالدخول بمن صح نكاحـه حملا لفعله وقوله على الصحة فان دينه وعقله يدعوانه الى الاقدام على الوطء الحلال ويمنعانه من الاقدام على الوطء الحرام وكذلك لو طلق احدى نسائه ثلاثا لان الايقاع بهذا اللفظ يتناول من صح نكاحها فان من لم يصح نكاحها ليست من نسائه وايقاع الثـلاث بعـد الدخول لا يسقط شيئاً من الصداق فكان هذا والاول سواء وان لم يدخل بشئ منهن وطلق احدى نسائه ثلاثا فللثلاث مهر وربع مهر لانه ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف مهر فانه قد طلق احداهن قبل الدخول وذلك يسقط نصف مهر وان لم يصح نكاحهن فلا شئ لهن فلهذا كان لهن مهر وربع مهر والاثنتين ثلاثة أرباع مهر لانه ان صح نكاحهما فلهما مهر ونصف مهر لوقوع الطلاق على احداهما قبل الدخول وان لم يصح نكاحهما فلا شئ لهما فكان لهما ثلاثة أرباع مهر بينهما نصفان ﴿قال﴾ ولو تزوج ثلاث نسوة فدخـل باحداهن ولا تعرف بعينها ثم طلق احدى نسائه ثلاثا والاخرى واحدة ثم مات قبـل ان يبين فلهن مهران وربع مهـر لانه ان أوقـع احـد الطلاقين على المدخول بها فلهن مهران ونصف مهر وان أوقع الطلاقين على اللتين لم يدخل بهـما فلهن مهران لسقوط مهر بايقاع الطلاقين على غير المدخولتين فقـدر المهرين لهن بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهن مهران وربع مهر بينهن أثلاثا لان المدخولة منهن غير معينة فحالهن فى استحقاق ذلك سواء والميراث بينهن اثلاثا لهـذا المعنى وعلى كل واحـدة منهن عـدة المتوفى عنها زوجها تستكـمـل في ذلك ثلاث حيض لان كل واحـدة منهن يجوز ان تكون هى التي دخل بها ثم أوقع الثلاث عليها فيلزمها العدة بالحيض أو لم يقـع عليها شئ

Maktaba Tul Ishaat.com

فيلزمها عدة الوفاة والعدة يؤخذ فيها بالاحتياط فلهذا كان على كل واحدة منهن عدة الطلاق والوفاة جميعا فان عرفت المدخول بها فلها المهر كاملا لتأكد مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربع مهر فى قول أبي يوسف وفى قول محمد رحمه الله تعالى لهما مهر وثلث مهر وقد بينا تخريج القولين وبينا حكم تخريج الميراث أيضاً على القولين وان عرفت المدخول بها وقد أوقع تطليقة ثانية على احداهن فالميراث بينهن اثلاثا لان حالهن في استحقاق الميراث سواء فان الطلقة الثانية على ايتهن وقعت حرمتها المدخول بها وغير المدخول بها سواء فى ذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوج العبد امرأتين فى عقدة وثلاثا في عقدة ثم مات فنكاح الثلاث باطل لان العبد لا يتزوج أكثر من اثنتين فقد تيقنا ببطلان نكاح الثلاث تقدم نكاحهن أو تأخر ونكاح الاثنتين صحيح تقدم أو تأخر فان كانت احدى الثلاث أمة فنكاح الامة فاسد لانضمام نكاحها الى نكاح الحرة ولا مهر لها لبطلان عقدها وللحرتين اللتين معها مهر واحد لانه ان سبق نكاحهما فلهما مهران وان تأخر نكاحهما فلا شيء لهما وللاخريين مهر واحد أيضاً لهذا المعنى وان كان المولى قد أعتق العبد ثم مات العبد فالميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما في استحقاق الميراث ويستوى ان كان تزوج العبد باذن مولاه أو بغير اذن مولاه لان عقده بغير اذن المولى يتم بالعتق فان المانع حق المولى وقد زال ذلك بالعتق ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين فى عقدة فنكاحهما باطل وقد بينا هذه المسئلة وقول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول فيها أن نكاح احداهما بغير عينها صحيح والبيان الى الزوج ولو كان امره ان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه واخرى في عقدة جاز نكاح التى أمره بها لانه في العقد عليها ممتثل لأمر الزوج وفي العقد على الأخرى مبتدئ غير ممتثل لأمر سبق من الزوج فينفذ عقده على التى امتثل بها أمر الزوج في العقد عليها ويتوقف فى الاخرى على اجازة الزوج والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النفقة

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه اعلم بأن نفقة الغير تجب بأسباب منها الزوجية ومنها الملك ومنها النسب وهذا الباب لبيان نفقة الزوجات والاصل فيه قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن

Maktaba Tul Ishaat.com

وكسوتهن بالمعروف وقال الله تعالى وبما أنفقوا من أموالهم وقال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم معناه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال صلى الله عليه وسلم أوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً وأن لا يأذنّ في بيوتكم لأحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف وقال صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال أبي سفيان رضي الله عنه مايكفيك وولدك بالمعروف ولأنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له فتستوجب الكفاية عليه في ماله كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم والقاضي لما فرغ نفسه لعمله للسلمين استوجب الكفاية في مالهم اذا عرفنا هذا فنقول طريق ايصال النفقة اليها شيئان التمكين أو التمليك حتي اذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالب الزوج بفرض النفقة فان لم يكن بهذه الصفة فخاصمته في النفقة فرض لها عليه من النفقة كل شهر مايكفيها بالمعروف لأن النفقة مشروعة للكفاية فانما يفرض بمقدار مايعلم أنه تقع به الكفاية ويعتبر المعروف في ذلك وهو فوق التقتير ودون الاسراف لانه مأمور بالنظر من الجانبين وذلك في المعروف وكذلك يفرض لها من الكسوة مايصلح لها للشتاء والصيف فان بقاء النفس بهما وكما لا تبقى النفس بدون المأكول عادة لا تبقى بدون الملبوس عادة والحاجة الى ذلك تختلف باختلاف الاوقات والامكنة فيعتبر المعروف في ذلك فان كان لها خدم فرض القاضي لخادم واحد لان الزوج محتاج الى القيام بحوائجها وأقرب ذلك اصلاح الطعام لها وخادمها ينوب عنه في ذلك فيلزمه نفقة خادمها بالمعروف ولا تبلغ نفقة خادمها نفقتها حتى قالوا يفرض لخادمها أدنى مايفرض لها على الزوج المعسر ولا يفرض الا لخادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يفرض لخادمين لانها قد تحتاج اليهما ليقوم احدهما بامور داخل البيت والآخر يأتيها من خارج البيت بما تحتاج اليه وهما قالا حاجتها ترتفع بالخادم الواحد عادة وما زاد على الواحد فللتجمل والزينة ووجوب النفقة على الزوج للكفاية فكما لا يزيدها على قدر الكفاية في نفقتها فكذلك في نفقة خادمها ولو فرض لخادمين لفرض لأكثر من ذلك فيؤدي الا ملا

Maktaba Tul Ishaat.com

يتناهى ثم في ظاهر الرواية المعتبر فى ذلك حال الزوج فى اليسار والاعسار فى ذلك قال الله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته الآية بين ان التكليف بحسب الوسع وان النفقة على الرجال بحسب حالهم وذكر الخصاف رحمه الله تعالى فى كتابه ان المعتبر حالهما جميعا حتى اذا كانا موسرين فلها نفقة الموسرين وان كانت هي معسرة تحت زوج موسر تستوجب عليه دون ماتستوجب اذا كانت موسرة لان الظاهر ان دون ذلك يكفيها وان كانت موسرة والزوج معسراً تستوجب عليه فوق ما تستوجب اذا كانت معسرة لتحصل كفايتها بذلك وفي ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله ثم ليس فى النفقة تقدير عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يقدر كل يوم بمدين على الموسر وبمد ونصف على وسط الحال وبمد على المعسر وهذا ليس بقوى فان المقصود الكفاية وذلك مما تختلف فيه طباع الناس وأحوالهم من الشباب والهرم ويختلف باختلاف الاوقات أيضاً ففي التقدير بمقدار اضرار بأحدهما والذى قال في الكتاب أن كان معسراً فرض لها من النفقة كل شهر أربعة دراهم أو خمسة ولخادمها عليه ثلاثة دراهم أو أقل من ذلك أو أكثر فليس هذا بتقدير لازم لان هذا يختلف باختلاف الاسعار فى الغلاء والرخص واختلاف المواضع واختلاف الاوقات فلا معتبر بالتقدير بالدراهم في ذلك وانما ذكر هذا بناء على ماشاهد فى ذلك الوقت والذى يحق على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض لها فى كل وقت ومكان وكما يفرض لها من قدر الكفاية من الطعام فكذلك من الادام لان الخبز لا يتناول الامأدوما عادة وجاء فى تأويل قوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم ان أعلى مايطعم الرجل أهله الخبز واللحم وأوسط ما يطعم الرجل اهله الخبز والزيت وأدنى ما يطعم الرجل أهله الخبز واللبن وأما الدهن فلأنه لا يستغنى عنه خصوصاً فى ديار الحر فهو من أصل الحوائج كالخبز ﴿قال﴾ فان لم يكن لها خادم لم تفرض نفقة الخادم عليه وعن زفر رحمه الله تعالى أنه يفرض لخادم واحد لان على الزوج أن يقوم بمصالح طعامها وحوائجها فاذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم ثم تقوم هي بذلك بنفسها أو تتخذ خادما فاما فى ظاهر الرواية استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا تستوجب نفقة الخادم كالغازى اذا كان راجلا لا يستحق سهم الفارس وان أظهر غنا الفارس فى القتال ﴿قال﴾ والكسوة على المعسر فى

الشتاء درع وملحفة زطية وخمار سابورى وكساء كأرخص ما يكون كفايتها مما يدفئها ولخادمها قميص كرابيس وازار وكساء كأرخص ما يكون وللخادم فى الصيف قميص قميص مثل ذلك وازار وللمرأة درع وملحفة وخمار وان كان موسراً فالنفقة عليه للمرأة ثمانية دراهم أو تسعة ولخادمها ثلاثة دراهم أو أربعة والكسوة للمرأة فى الشتاء درع يهودى أو هروى وملحفة دينوريه وخمار ابريسم وكساء اذربيجانى ولخادمها قميص زطى وازار كرابيس وكساء رخيص وفي الصيف للمرأة درع سابورى وملحفة كتان وخمار ابريسم ولخادمها قميص مثل ذلك وازار والحاصل ان ما ذكر من التقدير بالدراهم لا معتبر به لما قلنا وما ذكر من الثياب فهو بناء على عادتهم أيضاً وذلك يختلف باختلاف الامكنة فى شدة الحر والبرد وباختلاف العادات فيما يلبسه الناس فى كل وقت فيعتبر المعروف من ذلك فيما يفرض ولم يذكر فى كسوة المرأة الازار والخف فى شئ من المواضع وذكر الازار فى كسوة الخادم ولم يذكر الخف فان كانت تخرج للحوائج فلها الخف أو المكعب بحسب مايكفيها فاما المرأة فمأمورة بالقرار فى البيت ممنوعة من الخروج فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج وكذلك لا تستوجب الازار لانها مأمورة بان تكون مهيأة نفسها لبساط الزوج فليس على الزوج ان يتخذ لها مايحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الازار فى كسوتها ثم النفقة للكفاية فى كل يوم فاما الكسوة فانما تفرض فى السنة مرتين فى كل ستة أشهر مرة فان فعل ذلك لم يجدد لها الكسوة حتي يبلغ ذلك الوقت الا أن تكون لبست لبسا معتاداً فتخرق قبل مجيء ذلك الوقت فحينئذ تبين ان ذلك لم يكن يكفيها فتجدد لها الكسوة ولكن ان أخذت الكسوة ورمت بها حتى جاء الوقت وقد بقيت تلك الكسوة عندها يفرض لها كسوة أخرى لانها لو لبست لتخرق ذلك فبأن لم تلبس لا يسقط حقها ويجعل تجدد الوقت كتجدد الحاجة وهذا بخلاف كسوة الاقارب فالمعتبر هناك حقيقة الحاجة واذا بقيت تلك الكسوة فلا حاجة وهنا لا معتبر بحقيقة الحاجة فانها وان كانت صاحبة ثياب تستوجب كسوتها على الزوج فلهذا فرقنا بينهما ﴿قال﴾ وان كان الرجل من أهل الغني المشهورين بذلك فلامرأته خمسة عشر درهما كل شهر ولخادمها خمسة ولها من الكسوة فى الشتاء درع يهودي وملحفة هروى وجبة فرو أو درع خز وخمار ابريسم ولخادمها قميص يهودى وازار وجبة وكساء وخفين ثم قال محمد رحمه الله تعالى لا ينبغى أن توقت النفقة على الدراهم لان السعر يغلو ويرخص لكن تجعل النفقة على الكفاية

Maktaba Tul Ishaat.com

في كل زمان فينظر الى قيمة ذلك فيفرض لها عليه دراهم شهراً شهراً وقد بينا هذا الفصل والذى قال تفرض شهراً شهراً انما بناه على عادتهم أيضا وبعض المتأخرين من مشايخنا يعتبر في ذلك حال الرجل أيضا فان كان محترفا تفترض عليه النفقة يوما يوما لانه يتعذر عليه أداء النفقة شهراً دفعة واحدة وان كان من التجار يفرض الاداء شهراً شهراً وان كان من الدهاقين تفرض عليه النفقة سنة سنة لان تيسر الاداء عليه عند ادراك الغلات فى كل سنة وتيسر الاداء على التاجر عند اتخاذ أجر غلات الحوانيت وغيرها فى كل شهر وتيسر الاداء على المحترف بالاكتساب فى كل يوم ولا يؤخذ من الزوج كفيل بشئ من النفقة أما نفقة المستقبل فلم تجب بعد والانسان لا يجبر على اعطاء الكفيل مالم يجب عليه وأما الماضى فلانه بمنزلة سائر الديون يؤمر بقضائها ولا يجبر على اعطاء الكفيل ولو خاصمته امرأته فى نفقة مامضى من الزمان قبل ان يفرض القاضى عليه لها النفقة لم يكن لها شئ من ذلك عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يقضى لها بمالم تستوف من النفقة الماضية وأصل المسئلة أن النفقة لا تصير دينا الا بقضاء القاضى أو التراضى عندنا وعند الشافعى تصير ديناً لان وجوبها بالعقد فلا تحتاج الى القضاء أو الى الرضاء فى صيرورتها دينا بعد العقد كالمهر ولان وجوب النفقة باعتبار قيام الزوج عليها بعد العقد وقد تقرر ذلك فيصير ديناً بدون القضاء كالأجرة يصير ديناً باستيفاء المنفعة بعد العقد وحجتنا فى ذلك ان النفقة صلة والصلات لا تتأكد بنفس العقد مالم ينضم اليها مايؤكدها كالهبة والصدقة من حيث انها لا تتم الا بالقبض وبيان الوصف ان النفقة ليست بعوض عن البضع فان المهر عوض عن البضع ولا تستوجب عوضين عن شئ واحد بعقد واحد ولان ما يكون عوضاً عن البضع يجب جملة لان ملك البضع يحصل للزوج جملة ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها لان ذلك تصرف منه في ملكه فلا يوجب عليه عوضا فعرفنا ان طريقه طريق الصلة وتأكدها اما بالقضاء أو التراضى ولان هذه نفقة مشروعة للكفاية فلا تصير دينا بدون القضاء كنفقة الوالدين والمولودين لا تصير دينا بمجرد مضى الزمان فكذا هنا وكذلك لو استدانت عليه قبل قضاء القاضى أو التراضى لانه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وانما ولايتها على نفسها فما استدانت يكون فى ذمتها وانفاقها مما استدانت كانفاقها من سائر أملاكها فلا ترجع بشئ من ذلك على الزوج الا ان يكون القاضى فرض لها عليه نفقة كل شهر اوصالحته على نفقة كل شهر ثم

Maktaba Tul Ishaat.com

غاب أو حبس للنفقة عليها فاستدانت عليه أو لم تستدن أخذته بنفقة ما مضى لان حقها تأكد بقضاء القاضي أو بالصلح عن تراض فان ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضي في الالزام وذكر عن شريح قال أيما امرأة استدانت على زوجها وهو غائب فانما استدانت على نفسها وانما أراد به اذا لم يفرض القاضي لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما اذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج لان للقاضي عليه ولاية فأمرها بالاستدانة عليه كأمر الزوج بنفسه ﴿قال﴾ وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أجيز الفرض عليه اذا كان غائبا لان الفرض عليه اذا كان غائبا الزام وليس للقاضي ولاية الالزام على الغائب وان كان لها منه ولد فطالبت أن يفرض للولد معها نفقة فرض عليه للصغار والنساء والرجال الزمنى فأما الذين لا زمانة بهم من الرجال فلا نفقة لهم عليه بل يؤمرون بالاكتساب والانفاق على أنفسهم فأما من كان زمنا منهم فهو عاجز عن الاكتساب وبالنساء عجز ظاهر عن الاكتساب وفي أمرها بالاكتساب فتنة فان المرأة اذا امرت بالاكتساب اكتسبت بفرجها فاذا لم يكن لها زوج فهي بمنزلة الصغيرة ونفقتها في صغرها على الوالد لحاجتها فكذلك بعد بلوغها ما لم تتزوج لان بلوغها تزداد الحاجة والاصل في ذلك ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولان مؤنة الرضاع على الوالد بالنص قال الله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن الى قوله وان تعاسرتم فسترضع له أخرى وذلك حاجة الولد ما دام رضيعا فيكون هذا دليلا على أن كفاية الولد على الوالد ما بقيت حاجته ثم يدفع نفقة الكبار من الولد اليهم لان النفقة حقهم ولهم أهلية استيفاء حقوقهم ولا ولاية لاحد عليهم ويدفع نفقة الصغار الى المرأة لان الصغير في حجرها وهي التي تصلح له طعامه فيدفع نفقته اليها ثم بين نفقة الصغير على المعسر بالدراهم وكسوته بالثياب وهذا نظير ماذكرنا في نفقة الزوجة ان المعتبر ماتقع به الكفاية وهذا أظهر هنا فان الحاجة تختلف باختلاف سن الصغير فلا عبرة بالتقدير اللازم فيه ولكنه ان كان موسرا امر بأن يوسع عليه في النفقة والكسوة على حسب مايرى الحاكم فيه ويعتبر فيه المعروف في ذلك كما يعتبر في نفقة الزوجة ﴿قال﴾ واذا صالحت المرأة زوجها على نفقة لا تكفيها فلها ان ترجع عن ذلك وتطالب بالكفاية لان النفقة انما تجب شيئا فشيئا فرضاها بدون الكفاية اسقاط منها لحقها قبل

الوجوب وذلك لايجوز ألا ترى أنها لو ابرأته عن النفقة لم تسقط بذلك نفقتها وهذا بخلاف الاجرة فان الابراء عن بعض الاجرة بعد العقد قبل استيفاء المنفعة يجوز بلاخلاف لان سبب الوجوب هنا وهو العقد موجود فيقام ذلك مقام حقيقة الوجوب فى صحة الاسقاط وهناك السبب ليس هو العقد ولكن تفريغها نفسها الخدمة لزوج وذلك يتجدد حالا فحالا فاسقاطها قبل وجود السبب باطل توضيحه ان النفقة مشروعة للكفاية وفى التراضى على مالا تقع به الكفاية تفويت المقصود لا تحصيله فكان باطلا وكذلك ان كان القاضى قضى بذلك لانه تبين أنه أخطأ فى قضائه حين قضى بما لايكفيها فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها ﴿ قال ﴾ واذا فرض على المعسر نفقة المعسرين ثم أيسر فخاصمته فعليه نفقة الموسرين لما بينا ان النفقة تجب شيئاً فشيئاً فيعتبر حاله فى كل وقت فكما لايستأنف القضاء بنفقة المعسر بعد اليسار فكذلك لايستديم ذاك القضاء وقد كان القضاء عليه بنفقة المعسر لعذر العسرة فاذا زال العذر بطل ذلك كمن شرع فى صوم الكفارة للعسرة ثم أيسر كان عليه التكفير بالمال ﴿ قال ﴾ واذا تغيبت المرأة عن زوجها أو أبت ان تتحول معه الى منزله أو الى حيث يريد من البلدان وقد أوفاها مهرها فلا نفقة لها لانها ناشزة ولانفقة للناشزة فان الله تعالى أمر فى حق الناشزة بمنع حظها فى الصحبة بقوله تعالى واهجروهن في المضاجع فذلك دليل على انه تمنع كفايتها فى النفقة بطريق الأولى لان الحظ فى الصحبة لهما وفى النفقة لها خاصة ولانها انما تستوجب النفقة بتسليمها نفسها الى الزوج وتفريغها نفسها لمصالحه فاذا امتنعت من ذلك صارت ظالمة وقد فوتت ما كان يجب النفقة لها باعتباره فلا نفقة لها وقيل لشريح رحمه الله تعالى هل للناشزة نفقة فقال نعم فقيل كم قال جراب من تراب معناه لانفقة لها وان كان لم يوفها مهرها فابت عليه ذلك حتى يوفيها فلها النفقة لانها حبست نفسها بحق فلا تكون مفوتة مابه تستوجب النفقة حكماً بل الزوج هو المفوت بمنعها حقها ولان النفقة حقها والمهر حقها فمطالبتها باحد الحقين لايسقط حقها الآخر وكذلك لولم يدخل بها فى ظاهر الرواية الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها قبل الدخول اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها فلا نفقة لها وكأنه على هذه الرواية اعتبر لوجوب النفقة انتقالها الى بيت الزوج فاذا لم يوجد لاتستوجب النفقة ابتداء فاما بعد ما انتقلت الى بيته ووجبت لها النفقة فلا يسقط ذلك الا بمنعها نفسها بغير

Maktaba Tul Ishaat.com

حق وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت زوجها الا ترى ان الزوج لولم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة فكذلك اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان رجعت الناشزة الى بيت الزوج فنفقتها عليه لان المسقط لنفقتها نشوزها وقد زال ذلك والاصل فيه قوله تعالى فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴿ قال ﴾ ولا نفقة للصغيرة التى لايجامع مثلها عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها النفقة لانها مال يجب بالعقد فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر وهذا لان الوجوب لحاجتها والصغيرة محتاجة الى ذلك كالكبيرة ألا ترى أن بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير كما تجب للكبير فكذلك بسبب النكاح وحجتنا في ذلك أنها غير مسلمة نفسها الى زوجها في منزله فلا تستوجب النفقة عليه كالناشزة وهذا لأن الصغيرة جداً لاتنتقل الى بيت الزوج بل تنقل اليه ولا تنقل اليه للقرار في بيته أيضاً فتكون كالمكرهة اذا حملت الى بيت الزوج ولان نفقتها عليه باعتبار تفريغها نفسها لمصالحه فاذا كانت لاتصلح لذلك لمعنى فيها كان ذلك بمنزلة منع جاء من قبلها فلا نفقة لها على الزوج بخلاف المملوكة فان نفقتها لاجل الملك فقط وذلك لايختلف بالصغر والكبر وان كانت قد بلغت مبلغا يجامع مثلها فلها النفقة على زوجها صغيراً كان زوجها أو كبيراً لانها مسلمة نفسها في منزله مفرغة نفسها لحاجته وانما الزوج هو الممتنع من الاستيفاء لمعني فيه فلا يسقط به حقها في النفقة وان كان الزوج صغيراً لا مال له لم يؤخذ الاب بنفقة زوجته الا أن يكون ضمنها لأن استحقاق النفقة على الزوج كاستحقاق المهر فكما لايؤخذ أبوه بشيء من المهر اذا لم يضمن ذلك فكذلك لايؤخذ بالنفقة ﴿ قال ﴾ وكل امرأة قضى لها بالنفقة على زوجها وهو صغير أو كبير معسر لايقدر على شيء فانها تؤمر بأن تستدين ثم ترجع عليه ولايحبسه القاضي اذا علم عجزه وعسرته لان الحبس انما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجرا له عن الظلم وقد ظهر هنا عذره لاظلمه فلا يحبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة فاذا استدانت بأمر القاضي كان كاستدانتها بأمر الزوج فترجع عليه بذلك اذا أيسر وان كان القاضي لايعلم من الزوج عسره فسألت المرأة حبسه بالنفقة لم يحبسه القاضي في أول مرة لان الحبس عقوبة لا يستوجبها الا الظالم ولم يظهر حيفه وظلمه في أول مرة فلا يحبسه ولكن يأمره بأن ينفق عليها ويخبره أنه يحبسه ان لم يفعل فان عادت اليه مرتين أو ثلاثا حبسه

Maktaba Tul Ishaat.com

لظهور ظلمه بالامتناع من ايفاء ماهو مستحق عليه فاذ علم أنه محتاج خلى سبيله لانه مستحق للنظرة الى ميسرة بالنص وليس بظالم فى الامتناع من الايفاء مع العجز ﴿قال﴾ وينبغي للقاضي اذا حبس الرجل شهرين أو ثلاثة فى نفقة أو دين أن يسأل عنه وفى بعض المواضع ذكر أربعة أشهر وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قدر ذلك بستة أشهر وذكر الطحاوى عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان أدنى المدة فيه شهر والحاصل أنه ليس فيه تقدير لازم لان الحبس للاضجار وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأى فيه الى القاضي حتى اذا وقع فى أكبر رأيه أنه يضجر بهذه المدة ويظهر مالاً ان كان له أن يسأل عن حاله بعد ذلك وذكر هشام فى نوادره عن محمد رحمه الله تعالى ان له أن يسأل عن حاله بعد ما حبسه ولم يعتبر فى ذلك مدة فاذا سأل عنه فاخبر أنه معسر خلى سبيله لان ما صار معلوما بخبر العدول فهو بمنزلة الثابت باقرار الخصم ولا يحول بين الطالب وبين ملازمته عندنا وكان اسماعيل بن حماد رحمه الله تعالى يقول ليس للطالب أن يلازمه وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى لانه منظر بانظار الله تعالى فهو بمنزلة من لو أجله الخصم أو أبرأه منه فكما لا يلازمه هناك فكذلك لا يلازمه هنا ولكنا نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من أعرابي بعيراً بثمن مؤجل فلما حل الاجل طالبه الاعرابي فقال ليس عندنا شئ فقال الاعرابي واغدراه فهم به الصحابة رضوان الله عليهم فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فان لصاحب الحق اليد واللسان والمراد باللسان التقاضي وباليد الملازمة ولان قضاء الدين مستحق على المديون من كسبه وماله فكما أنه اذا كان له مال كان للطالب ان يطالبه بقضاء الدين منه فكذلك اذا كان له كسب كان له ان يطالبه بقضاء الدين من كسبه وذلك انما يتحقق بالملازمة حتى اذا فضل من كسبه شئ عن نفقته أخذه بدينه ولسنا نعني بهذه الملازمة ان يقعده فى موضع فان ذلك حبس ولكن لا يمنعه من التصرف بل يدور معه حيثما دار وان كان غنيا لم يخرجه من السجن أبداً حتى يؤدى النفقة والدين لقوله صلى الله عليه وسلم لىّ الواجد يحل عرضه وعقوبته ولانه حال بين صاحب الحق وبين حقه مع قدرته على ايفائه فيجازى بمثله وذلك بالحيلولة بينه وبين نفسه وتصرفه حتى يوفي ماعليه وان كان له مال حاضر أخذ القاضي الدراهم والدنانير من ماله وأدى منها النفقة والدين لان صاحب الحق اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه فللقاضى ان يعينه على

Maktaba Tul Ishaat.com

ذلك أيضاً وكذلك اذا ظفر بطعامه في النفقة لانه عين ماعليه من الحق والمرأة تتمكن من أخذه اذا قدرت عليه فيعينها القاضي على ذلك ولا يبيع القاضي عروضه في النفقة والدين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيع ذلك كله وهو بناء على مسئلة الحجر فان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القاضي لا يحجر على المديون بسبب الدين وبيع المال عليه نوع حجر فلا يفعله القاضي وعندهما القاضي يحجر عليه بسبب الدين فيبيع عليه ماله واستدلا في ذلك بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ رضي الله عنه وباع عليه ماله وقسم ثمنه على غرمائه بالحصص وقال عمر رضي الله عنه في خطبته أيها الناس إياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب وان أسيفع جهينة قد رضي من دينه وامانته ان يقال له قد سبق الحاج فادان معرضاً أصبح وقد رين به الا انى بائع عليه ماله وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له عليه دين فليغد والمعنى فيه أن قضاء الدين مستحق عليه بدليل أنه يحبس لاجله فاذا امتنع من ذلك وهو مما تجري النيابة فيه ناب القاضي منابه كالتفريق بين العنين وامرأته وبالاتفاق يبادل أحد النقدين بالآخر بهذا الطريق فكذلك يبيع العروض ولابي حنيفة ماروى أن رجلا من جهينة أعتق شقصا من عبد بينه وبين آخر فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له وأدى ضمان نصيب شريكه ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان علم بيساره حين ألزمه ضمان العتق ثم اشتغل بحبسه ولم يبع عليه ماله فلو كان ذلك جائزاً لاشتغل به لان فيه نظرا من الجانبين والمعنى فيه أن المستحق عليه قضاء الدين ولقضاء الدين طرق سوى بيع المال فليس للقاضي عليه ولاية تعيين هذا الطريق لقضاء الدين ألا ترى أنه لا تزوج المديونة لتقضي الدين من صداقها ولا يؤاجر المديون ليقضي الدين من أجرته لانه تعين قضاء الدين عليه فكذلك لا يبيع ماله لانه تعين طريق قضاء الدين عليه ومبادلة أحد النقدين بالآخر لا يفعله في القياس أيضاً ولكن في الاستحسان الدراهم والدنانير جملا كجنس واحد فان المقصود منهما واحد فكان ذلك بمنزلة قضاء الدين من جنس الحق وذلك متعين عليه لصاحب الحق لان له أن يأخذ جنس حقه فكذلك للقاضي أن يعينه عليه وأما حديث معاذ رضي الله تعالى عنه فانما باع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله برضاه وسؤاله لانه لم يكن في ماله وفاء بديونه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباشر بيع ماله لينال بركة رسول الله

Maktaba Tul Ishaat.com

صلى الله عليه وسلم ماله فيصير فيه وفاء بدينه والمشهور من حديث عمر رضى الله تعالى عنه
انى قاسم ماله بين غرمائه فانما يحمل ذلك على أن ماله كان من النقود والدليل عليه أن عندهما
ليس للقاضى أن يبيع المال الا بطلب من الخصم ولم يكن منهم طلب فعرفنا أنه كان ذلك
من جنس الحق أو كان فيه نوع مصلحة رآها لاسيفع جهينة (قال) واذا كان لرجل نسوة
فرضت النفقة لهن عليه بحسب الكفاية على ماقلنا فان كانت احداهن كتابية أو أمة قد
بوأها مولاها معه بيتا فرض عليه لكل واحدة منهن مايكفيها ولا تزاد الحرة المسلمة على
الامة والذمية شيئا لان النفقة مشروعة للكفاية وهذا لا يختلف باختلاف الدين ولا باختلاف
الحال في الرق والحرية فان فرض ذلك وهو معسر وعلم القاضى ذلك منه أمرهن بالاستدانة
عليه ففي هذا يعتدل النظر من الجانبين وان كان الزوج غائبا فقد كان أبو حنيفة
رحمه الله تعالى يقول أولا يأمرهن بالاستدانة عليه اذا كان يعلم النكاح بينه وبينهن وهو
قول زفر رحمه الله تعالى كما يفعل ذلك عند حضرته ثم رجع فقال لا يأمر بذلك وهو
قولهما لان فيه قضاء على الغائب وليس له ذلك وان أمرهن بالاستدانة فلم يجدن ذلك
لم يفرق بينه وبينهن ولم يجبره على طلاقهن عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يفرق بينه
وبينهن اذا طلبن ذلك لقوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والمعروف فى
الامساك أن يوفيها حقها من المهر والنفقة فاذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان وهو
المعنى فى ذلك فان المستحق عليه أحد الشيئين فاذا تعذر احدهما تعين الآخر ألا ترى أنه اذا
عجز عن الوصول اليها بسبب الجب والعنة فرق بينهما لفوات الامساك بالمعروف بل أولى لان
حاجتها الى النفقة أظهر من حاجتها الى قضاء الشهوة ولكن لما تعين التفريق لايصالها
الى حقها من جهة عسره فرق القاضي بينهما فكذلك هنا تعين التفريق لايصالها الى حقها
من جهة غيره وبه فارق المهر والنفقة المجتمعة عليه فان التفريق ليس بطريق لايصالها الى
ذلك الحق من جهة غيره فاما نفقة الوقت تصل اليها بعد التفريق من جهة زوج آخر وقاس
بنفقة العبد والامة فانه يستحق عليه بسبب الملك فاذا تعذر عليه أجبره القاضى على ازالة
الملك بالبيع فهنا كذلك واستدل بحديث عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كتبا الى أمراء
الاجناد أن مروا من قبلكم ان تبعثوا بنفقة أهليكم أو بطلاقهن وقيل لسعيد بن المسيب رضى
الله عنه أنفرق بين العاجز عن النفقة وبين امرأته فقال نعم فقيل له انه سنة فقال نعم والسنة

Maktaba Tul Ishaat.com

اذا أطلقت يفهم منها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحجتنا في ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الي ميسرة فهذا تنصيص على ان المعسر منظر ولو أجلته فى ذلك لم يكن لها ان تطالب بالفرقة فكذلك اذا استحق النظرة شرعا الا ان المستحق بالنص التأخير فلا يلحق به مايكون ابطالا لان ذلك فوق المنصوص وفي حق المملوك يكون ابطالا لانه لايثبت للملوك على مولاه دين فاما في حق الزوجية يكون تأخيرا لا ابطالا وبهذا يتبين أنه غير عاجز عن معروف يليق بحاله وهو الالتزام فى الذمة فان للمعروف في النفقة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهو الالتزام فى الذمة مع أن التسريح طلاق وعند الشافعى المستحق هنا هو الفسخ بسبب العيب حتى اذا فرق بينهما لم يكن طلاقا وبه نجيب عن حديث عمر وعلي رضى الله عنهما مع أنهم ما كانوا عاجزين عن المهر والنفقة فان نفقة عيال من هو من الجند من مال بيت المال والامام هو الذي يوصل ذلك اليهم ولكنه اخافا عليهن الفتنة لطول غيبة أزواجهن فأمراهم ان يبعثوا اليهن ماتطيب به قلوبهن والمعني فيه ان النفقة مال فالعجز عنه لا يكون موجبا للفرقة كالمهر والنفقات المجتمعة بل أولى لان ذلك دين مستقر ونفقة الوقت لم تستقر دينا بعد وهذا لان المقصود بالنكاح غير المال فكان المال زائدا والعجز عن التبع لايكون سببا لرفع الاصل وكما ان بالفرقة لاتتوصل الى مهرها الذى على الزوج الاول وانما تتوصل الى مثله من جهة أخرى فكذلك النفقة وبه فارق الجب والعنة فان هناك تحقق فوات ماهو المقصود مع ان عندنا هناك لاينفسخ العقد ولكن يفرق بينهما بطريق التسريح بالاحسان حتي يكون ذلك طلاقا لازالة ظلم التعليق عنها وهذا ليس فى معنى ذلك من وجوه احدها ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل ذلك المقصود بدون التفريق بينهما وهنا لم ينسد عليها وصول النفقة بدون التفريق بأن تستدين فتنفق والثانى ان هناك الزوج يمسكها من غير حاجة به اليها فيما هو المقصود فكان ظالما وهنا يمسكها مع حاجته اليها فيما هو المقصود فلا يكون ظالما ولان هناك في ترك التفريق ابطال حقها لان وظيفة الجماع لاتصير دينا على الزوج بمضي المدة ولو فرقنا كان فيه ابطال ملك الزوج فاستوى الجانبان فى ضرر الابطال وفى جانبها رجحان لصدق حاجتها وهنا فى ترك التفريق تأخير حقها لان النفقة تصير دينا على الزوج وفى التفريق ابطال الملك على الزوج وضرر التأخير دون ضرر الابطال وبه يفرق بينه وبين العبد فالضرر هناك ضرر الابطال لان النفقة هناك لاتصير دينا للمملوك على المالك ثم فيه

Maktaba Tul Ishaat.com

ابطال حقه بغير بدل وفي البيع ابطال ملك المولى ببدل فكان هذا الضرر أهون حتى ان في الموضع الذى يكون ابطالا بغير بدل لايفعل ذلك وهو أنه اذا عجز عن نفقة أم ولده لم يعتقها القاضى عليه ﴿قال﴾ والتبوئة فى الامة ان يخلى بين الامة وزوجها ولايستخدمها لما بينا ان المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها نفسها لقيام مصالح الزوج وانما يحصل ذلك بهذا النوع من التبوئة فان استخدمها بعد ذلك ولم يخل بينه وبينها فلا نفقة لها لانه ازال مابه كانت تجب نفقتها عليه فهى كالحرة الناشزة فان قيل المولى انما ازال ذلك بحق له فلما ذا لا يجعل هذا كالحرة اذا أحتبست نفسها لصداقها قلنا كما فى الابتداء فان الحرة اذا احتبست نفسها بالصداق كان لها ان تطلب النفقة والمولى اذا لم يبوئها بيتا فى الابتداء لم يكن لها النفقة والمعني فيه ان الحرة اذا احتبست نفسها بصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه لتنتقل الى بيته فأما هذا التفويت ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى لشغله اياها بخدمة نفسه فلهذا لم يكن لها نفقة عليه فان كانت هى تجيء فتخدمه من غير أن يستخدمها فلها النفقة لان الحق للمولى ولم يوجد من جهته تفويت بل الموجود من جهته التسليم فان جاءت فى وقت والزوج ليس في البيت فاستخدموها ومنعوها من الرجوع الى بيتها فلا نفقة لها لان استخدام أهل المولى اياها كاستخدام المولى وقد بينا لأن فيه تفويت التبوئة والتبوئة شرط لاستحقاق النفقة وبعد التفويت ممن له الحق لا يكون لها نفقة ﴿قال﴾ ونفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت من قبل أنها مسلمة نفسها الى الزوج في بيته ولا فعل منها في المرض لتصير به مفوتة مع أنه لا يفوت ما هو المقصود من الاستئناس وغيره ولامعتبر بمقصود الجماع فى حق النفقة فان الرتقاء تستحق النفقة على زوجها مع فوات مقصود الجماع وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الرتقاء لا تستوجب النفقة على الزوج اذا لم يرض الزوج بها ويكون له أن يردها الى أهلها ولا ينفق عليها وفي المريضة ان تحولت الى بيته وهي مريضة فله أن يردها الى ان تبرأ وان مرضت في بيته بعد ماتحولت اليه فليس له أن يردها بل ينفق عليها الا أن يتطاول مرضها ﴿قال﴾ وهذا استحسان لان النكاح يعقد للصحبة والالفة وليس من الالفة أن يمتنع عن الانفاق أو يردها لقليل مرض فاذا تطاول ذلك فهو بمنزلة الرتق الذي لا يزول عادة وانما يلزمه نفقتها لقيامه عليها وقد فات ذلك بمعني من جهتها فتسقط نفقتها كما اذا كانت صغيرة لا يجامع مثلها ولكن قد بينا الفرق

بينهما

Maktaba Tul Ishaat.com

بينهما من حيث أن الصغر يزول فلا ينعدم به استحقاق الجماع بسبب العقد بخلاف الرتق والقرن وكذلك لو جنت أو أصابها بلاء يمنعه من الجماع أو هرمت حتى لا يستطيع جماعها وذكر في الكتاب انه لو أصابتها هذه العوارض من بعد ما دخل بها وليس مراده حقيقة الوطء بل المراد انتقالها الى منزله وسواء انتقلت أو لم تنتقل اذا لم تكن مانعة نفسها ظالمة فهي مستوجبة للنفقة على ماقلنا ﴿قال﴾ ولا نفقة فى النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ولا فى العدة منه لان ما به تستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها الى الزوج للقيام بمصالحه فان فساد النكاح يمنعها من ذلك شرعا ولهذا لم تجعل الخلوة في النكاح الفاسد تسليما في حق وجوب المهر فكذا لا تستوجب النفقة فى التسليم بالنكاح الفاسد ﴿قال﴾ واذا اختلف الزوج والمرأة فقال الزوج أنا فقير وقالت المرأة هو غنى فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى المرأة البينة لان الفقر فى الناس أصل واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله يولد كل مولود أحمر ليس عليه غبرة أى سترة ثم يرزقه الله تعالى من فضله فالزوج يتمسك بما هو الاصل والمرأة تدعى غنى عارضاً فعليها البينة وعليه اليمين لانكاره وبه أجاب فى كتاب العتاق اذا ادعى المعتق أنه معسر فالقول قوله فأما ما أشار في سائر الديون ان كان وجوب الدين عليه ببيع أو قرض لم يقبل قوله انه معسر لانه صار غنيا بما دخل فى ملكه من المال فلا قول له في دعوى الفقر بعد تيقننا بزوال ذلك الأصل وكذلك قالوا فى كل دين التزمه بالعقد اختياراً كالمهر ودين الكفالة فاقدامه على الالتزام بمنزلة اقرار منه انه قادر على الاداء فان العاقل لا يلتزم مالا يقدر على أدائه اختياراً فاما فيما سوى ذلك فالقول قوله في دعوى العسرة وبعض المتأخرين من مشايخنا يقولون يحكم فى ذلك زيه فان كان عليه زى الاغنياء لم يقبل قوله انه معسر لان الزى دليل على غناه قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة وقال جل وعلا وان كان قميصه قد من قبل ففى هذا دليل على ان الظاهر من العلامة يجعل حكما الا فى الفقهاء والعلوية فانهم يتكلفون الزي مع العسرة ليعظمهم الناس فلا يجعل الزى حكما في حقهم لظهور العادة بخلافه ﴿قال﴾ فان لم يكن لها بينة على يساره وسألت القاضى ان يسأل عن يساره فى السر فليس ذلك على القاضى لانه وجد دليلا يعتمده لفصل الحكم وهو التمسك بالاصل فليس عليه ان يطلب دليلا آخر وان فعله فأتاه من أخبر عنه انه موسر لا يعتمد ذلك أيضا الا ان يخبره بذلك رجلان عدلان

Maktaba Tul Ishaat.com

ويكونا بمنزلة الشاهدين يخبران انهما قد علما ذلك فحينئذ لو شهدا عنده فى مجلس الحكم يثبت
يساره بشهادتهما وكذلك ان أخبراه بذلك لان المعتبر علم القاضى ويحصل له علم بخبرهما
كما يحصل بشهادتهما وان أخبرا انهما علما ذلك من رواية راو لم يؤخذ بقولهما لانهما ما أخبراه عن
علم وانما أخبراه عن ظن أو عن خبر من لا يعتمد خبره والخبر اذا تداولته الالسنة تمكن
فيه الزيادة والنقصان عادة فلهذا لا يعتمد مثل هذا الخبر ﴿قال﴾ وان أقامت المرأة البينة انه
موسر وأقام الزوج البينة أنه محتاج أخذ ببينة المرأة لانها قامت على الاثبات ولان شهود
الزوج اعتمدوا في شهادتهم ماهو الأصل وشهود المرأة عرفوا الغنى العارض فلهذا يفرض
لها عليه نفقة الموسرين ﴿قال﴾ واذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها نفقتها منه كان له
ذلك لان أكثر مافى الباب ان تكون النفقة لها ديناً عليه فاذا التقى الدينان تساويا قصاصا
الا ترى ان له ان يقاص بمهرها فالنفقة أولي ﴿قال﴾ واذا فرضت النفقة لها على زوجها ولها
عليه شئ من مهرها فاعطاها شيئا من ذلك فقال الزوج هو من المهر وقالت المرأة بل هو
من النفقة فالقول قول الزوج أنه من المهر وكذلك هذا فى جميع قضاء الديون اذا كان من
وجوه مختلفة لانه هو المملك فالقول قوله فى بيان جهة التمليك وهو المحتاج الى تفريغ ذمته
فالقول قوله في انه تفرغ ذمته بهذا الاداء من كذا دون كذا ﴿قال﴾ واذا اختلفا فيما وقع
الصلح عليه أو الحكم به من النفقة في الجنس أو القدر فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة
لانها مدعية الزيادة فتحتاج الى الاثبات بالبينة والزوج منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه
فان كان الذى أقر به الزوج وحلف عليه لا يكفيها بلغ بها الكفاية فى المؤتنف لأن النفقة
للكفاية وقد بينا أن ماقضى به القاضى أووقع الصلح عليه ان كان لا يكفيها فلها أن تطالب
بما يكفيها فى المستقبل فكذلك ما أقر به الزوج ﴿قال﴾ ولو أخذت المرأة من زوجها
كفيلا بالنفقة كل شهر لم يكن على الكفيل الا شهر واحد لانه أضاف كلمة كل الا
مالا يعرف منتهاه فيتناول الادنى كمن يقول لفلان على كل درهم وأصله فى الاجارة اذا
استأجر داراً لكل شهر كان لزوم العقد في شهر واحد وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه
كفيل بنفقتها ماعاشت وبقي النكاح بينهما استحسانا لما فيه من العرف الظاهر ولأن
قصد المرأة التوثق بهذا الجنس من حقها فكان الكفيل صرح لها بما هو مقصودها
فقال فى كفالته أبداً أو ماعاشت وهناك يثبت حكم الكفالة بهذا الجنس من حقها عليه

Maktaba Tul Ishaat.com

عاما فكذا هنا ولو ضمن لها نفقة سنة كان جائزاً وان لم يكن واجبا ولكن اضافة الكفالة الى سبب الوجوب صحيح وقد حصل ذلك بتسمية المدة ولم يبين أن الزوج هل يجبر على اعطاء الكفيل بالنفقة أم لا فظاهر المذهب أنه لايجبر على ذلك كما لايجبر على اعطاء الكفيل بدين آخر وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال اذا قالت المرأة إنه يريد أن يغيب ولا يترك لي نفقة أمره القاضي أن يعجل لها نفقة شهر أو يعطيها كفيلا بنفقة شهر استحساناً لانها طلبت من القاضي أن ينظر لها فيجيبها على ذلك لان الحال حال النظر ﴿قال﴾ واذا فرض القاضي لها على الزوج نفقة معلومة كل شهر فمضت أشهر لم يعطها حتي مات أو ماتت لم يؤخذ بشئ منها لان النفقة تستحق استحقاق الصلات لااستحقاق المعاوضات على ماقررناه والصلات لاتتم الابالقبض وتسقط بالموت قبل القبض وشبهه في الكتاب بمن وجبت عليه الجزية اذامات لم تستوف من تركته لهذا ولان السبب قيام الزوج عليها وتفريغها نفسها لمصالحه وقد زال ذلك قبل الاستيفاء فيسقط حقها كما اذا زال العيب قبل رد المشتري لم يكن له أن يرد بعد ذلك ﴿قال﴾ ولو كانت المرأة استعجلت النفقة لمدة ثم ماتت قبل مضي تلك المدة لم يكن للزوج أن يسترد من تركتها شيئاً من ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا أنها صلة وحق الاسترداد في الصلات ينقطع بالموت كالرجوع في الهبة وعند محمد رحمه الله تعالى يترك من ذلك حصة المدة الماضية قبل موتها ويسترد ما وراء ذلك لانها أخذت ذلك من ماله لمقصود لم يحصل ذلك المقصود له فكان له أن يستردمنها كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فماتت قبل أن يتزوجها وروي ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالي قال ان كان الباقي من المدة شهراً أو دونه لم يرجع بشئ في تركتها وان كان فوق ذلك ترك لها مقدار نفقة شهر استحساناً ويسترد من تركتها مازاد على ذلك لانه انما يعطيها النفقة شهراً فشهراً عادة ففي مقدار نفقة شهر هي مستوفية حقها وفيما زاد على ذلك مستعجلة ﴿قال﴾ ولو كانا حيين فاختلفا فيما مضي من المدة من وقت قضاء القاضي فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وانكاره سبق التاريخ في القضاء والبينة بينة المرأة لاثباتها ذلك ﴿قال﴾ واذا بعث اليها بثوب فقال هو هدية وقال الزوج هو من الكسوة فالقول قول الزوج مع يمينه لانه هو المملك للثوب منها فالقول قوله في بيان جهته الا أن تقيم المرأة البينة أنه بعث به هدية وان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج لانه يثبت ببينته فراغ ذمته عن

حقها من الكسوة أو المهر وكذلك ان أقام كل واحد منهما البينة على اقرار الآخر بما ادعاه لان الزوج هو المدعى للقضاء فيما عليه من الحق فمعنى الاثبات فى بينته أظهر وكذلك ان بعث بدراهم فقال هى نفقة وقالت المرأة هى هدية فالقول قوله لما بينا ﴿قال﴾ واذا أعطاها كسوة فعجلت تمزيقها أو هلكت منها لم يكن عليه أن يكسوها حتى يأتى الوقت لما بينا أن أحوال الناس تختلف فى صيانة الثياب وتمزيقها فيتعذر تعليق الحكم بحقيقة تجدد الحاجة فيقام الوقت مقامه تيسيراً فما لم يأت الوقت لاتجدد الحاجة فلا يتجدد سبب الوجوب لها فلم يكن لها أن تطالبه بشئ ﴿ قال ﴾ وكذلك ان صانتها ولبست غيرها فاذا جاء الوقت المعلوم لها ان تطالب بالكسوة والقاضى فى الابتداء يوقت من المدة ماتمزق فيه الثوب باللبس المعتاد فما لم يتبين خطأه فى ذلك التوقيت يجب بناء الحكم عليه ولا ينظر الى تعجيلها التمزيق ولا الى صيانتها فوق المعتاد ﴿قال﴾ وكذلك ان أخذت نفقة شهر فلم تنفق حتى جاء الشهر الثانى وهى معها فلها أن تطالبه بنفقة الشهر الثانى بخلاف نفقة ذى الرحم المحرم فان هناك المعتبر تحقق الحاجة ألا ترى أنه لو كان له مال لم يستوجب النفقة على غيره والحاجة مرتفعة ببقاء المأخوذ معه بخلاف نفقة الزوجة ﴿قال﴾ واذا فرض القاضى لها النفقة على زوجها فأنفقت من مالها ولم تأخذ منه شيئاً فلها أن تأخذه بما مضى من ذلك لان نفقة الزوجة تصير ديناً بقضاء القاضي أو الصلح عن التراضي وقد بيناه ﴿ قال ﴾ وان كان هذا فى ذى الرحم المحرم فأنفق على نفسه من مال آخر بعد فرض القاضى لم يكن له أن يرجع على الذى فرض له عليه بشئ لما مضى لما بينا أن المعتبر هنا حقيقة الحاجة وقد انعدم ذلك بمضي ذلك الوقت فلا تصير النفقة دينا وأورد فى باب الزكاة من الجامع ان نفقة ذى الرحم المحرم تصير دينا بقضاء القاضى وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فوضع المسئلة هناك فيما اذا استدان المنفق عليه وانفق من ذلك فتكون الحاجة قائمة لقيام الدين عليه وهنا وضع المسئلة فيما اذا أنفق من مال له أو من صدقة تصدق بها عليه والحاجة لاتبقى بعد مضى المدة وقد قررنا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع ﴿ قال ﴾ وان كان الرجل غائبا وله مال حاضر فطلبت المرأة النفقة فان كان القاضى يعلم بالنكاح بينهما فرض لها النفقة فى ذلك المال لعلمه بوجود السبب الموجب له الا ترى ان من أقر بدين ثم غاب قضى القاضى عليه بذلك لعلمه به فكذلك النفقة ولكن يشترط ان ينظر للغائب وذلك في ان يحلفها انه لم يعطها

Maktaba Tul Ishaat.com

النفقة لجواز ان يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب وهي تلبس على القاضي لتأخذ ثانيا واذا حلفت فاعطاها النفقة أخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة انه قد كان أوفى نفقتها وهذا لان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه ﴿قال﴾ واذا حضر الزوج وأثبت بالبينة انه كان قد أوفاها أو أرسل اليها بشئ في حال غيبته أمرها برد ما أخذت لانه ظهر عند القاضي انها أخذت بغير حق وللزوج الخيار ان شاء أخذها بذلك وان شاء أخذ الكفيل وان لم يكن النكاح بينهما معلوما للقاضي فأرادت اقامة البينة على الزوجية لم يقبل القاضي ذلك منها عندنا لما فيه من القضاء على الغائب بالبينة وعن زفر رحمه الله تعالى انه يسمع منها البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج وان لم يكن للزوج مال يأمرها بالاستدانة فان حضر الزوج وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين وان أنكر ذلك كلفها اعادة البينة فان لم تعد أمرها برد ما أخذت ولم يقض لها بشئ مما استدانت على الزوج لان في قبول البينة بهذه الصفة نظراً لها ولا ضرر فيه على الغائب فيجيبها القاضي الى ذلك ولكنا نقول فيه قضاء على الغائب لان دفع ماله اليها لتنفق على نفسها لا يكون الا بعد القضاء عليه بالزوجية ﴿قال﴾ وان أحضرت غريماً للزوج أو مودعا في يده مال للزوج وهو مقر بالمال والزوجية أمره القاضي بأداء نفقتها من ذلك بخلاف دين آخر على الغائب فان صاحب الدين اذا أحضر غريماً أو مودعا للغائب لم يأمره بقضاء دينه منه وان كان مقراً بالمال وبدينه لان القاضي انما يأمر في حق الغائب بما يكون نظراً له وحفظاً لملكه عليه وفي الانفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه عليه وليس في قضاء الدين من ماله حفظ ملكه عليه بل فيه قضاء عليه بقول الغير فلهذا المعنى تقع الفرقة بينهما ﴿قال﴾ وان جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما أو كون المال في يده لم تقبل بينتها على شئ من ذلك أما على الدين والوديعة فلانها تثبت الملك للغائب حتي اذا ثبت ملكه ترتب عليه حقها فيه وهي ليست بخصم في اثبات الملك للزوج في أمواله وأما اذا جحدا الزوجية فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعى حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع وقال لا تقبل بينتها على ذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لانها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليس بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه بالبينة والاشتغال من القاضي بالنظر يكون بعد العلم

Maktaba Tul Ishaat.com

بالزوجية فاذا لم يكن ذلك معلوما له لا يشتغل بسماع البينة من غير خصم وان لم يكن له مال حاضر لم يفرض لها النفقة بطريق الاستدانة عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى لان في هذا قضاء على الغائب وقد بيناه وان كان له مال حاضر لحضور ماله بمنزلة حضوره استحسانا ﴿قال﴾ ولا يبيع العروض في نفقتها أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر لان الزوج لو كان حاضراً لم يبع القاضي عروضه في ذلك فاذا كان غائبا أولى وأما على قولهما انما يبيع على الحاضر عروضه بعد ما يحجر عليه وليس له ولاية الحجر والزام القضاء على الغائب ﴿قال﴾ وينفق عليها من غلة الدار والعبد لان ذلك من جنس حقها ويعطيها الكسوة من الثياب ان كانت له والنفقة من طعامه ان كان له لانه من جنس حقها ولها أن تأخذ من غير قضاء كما قال صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فلأن يقضي لها القاضي بذلك كان أولى ويأخذ منها كفيلا بجميع ذلك نظراً منه للغائب فاذا رجع الزوج وأقام البينة على وصول النفقة اليها لهذا الوقت فالكفيل ضامن لما أخذت لانه التزم بالكفالة وان لم يكن له بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شئ على الكفيل وان نكلت عن اليمين ونكل الكفيل لزمها وللزوج الخيار بين أن يأخذها بذلك أو يأخذ الكفيل لانه كفيل بما لزمها رده من النفقة وقد ثبت ذلك بنكولها ولهذا لزم كفيلها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة العبد

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا كان للعبد أو المدبر أو المكاتب امرأة حرة أو أمة قد بوئت معه بيتاً فانه يفرض عليه نفقتها بقدر ما يكفيها لان سبب وجوب النفقة الزوجية وهي تحقق في حق المملوك كما تحقق في حق الحر وهو تسليمها الى الزوج في منزله والحكم ينبني على السبب الا ترى ان المهر بالنكاح يجب على العبد كما يجب على الحر ثم مايجب على العبد من الديون اذا ظهر في حق المولى تعلق بمالية رقبته حتى يباع فيه الا ان يقضيه المولى ودين النفقة ظهر في حق المولى لان سببه وهو النكاح كان برضاه فاذا اجتمع عليه من النفقة مايعجز عن أدائه يباع فيه ثم اذا اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع فيه أيضا وليس في شئ من ديون العبد مايباع فيه مرة بعد مرة الا النفقة لان النفقة تجدد

Maktaba Tul Ishaat.com

وجوبها بمضي الزمان وذلك في حكم دين حادث واما المدبر لا يمكن بيعه في النفقة ولكن يؤمر فيه بالسعاية وكذلك المكاتب لا يمكن بيعه مع قيام عقد الكتابة وانما يقضي بالنفقة في كسبه كما يقضي بسائر ديونه في كسبه فان كان للعبد أو المدبر ولد من امرأته لم يكن عليها نفقة الولد لانها ان كانت أمة فالولد ملك لمولاها ونفقة المملوك على المالك دون الاب وان كانت حرة فولدها يكون حراً ولا تجب نفقة الحر على المملوك بحال لان كسب العبد والمدبر لمولاه ونفقة الولد الحر ليست على المولى وكذلك لا يكون في كسبهما وكذلك المكاتب لا يجب في كسبه نفقة ولد حر ولا نفقة ولد هو مملوك للغير وان كانت امرأته مكاتبة معه لمولى واحد كاتبهما كتابة واحدة فنفقة الولد على الام دون الاب لان الولد تابع للام في كتابتها الا ترى ان كسب الولد يكون لها ولو جنى عليه كان ارش الجناية لها وان مات الولد وترك مالا فذلك كله لها فكذلك نفقة الولد تكون عليها وهذا بخلاف ما اذا وطئ المكاتب أمته فولدت فان نفقة ذلك الولد على المكاتب لانه داخل في كتابته حتى كان كسبه له وارش الجناية عليه له أيضاً ليس للأم من ذلك شئ لانها أمة ولو كان للأم فالام أمة له أيضاً فلهذا كانت نفقته عليه ولانه جزء منه فاذا تبعه في العقد كانت نفقته بمنزلة نفقة نفسه ﴿قال﴾ ولو تزوج العبد أو المدبر أو المكاتب بغير اذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر لان وجوب النفقة والمهر يكون بعد صحة العقد ونكاحهم بغير اذن المولى غير صحيح وان عتق واحد منهم جاز نكاحه حين يعتق لسقوط حق المولى ويجب عليه المهر والنفقة في المستقبل والمستسعي في بعض القيمة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب ﴿قال﴾ وان كانت المدبرة أو الامة أو أم الولد تحت حر أو عبد فلا نفقة عليهما ما لم يبوئها معه بيتا لانعدام التسليم قبل التبوئة ويستوي ان كان دخل بها أو لم يدخل بها لان بالدخول انما وجد تسليم المعقود عليه ولا معتبر به في النفقة فان تسليم المعقود عليه مقرر للبدل والنفقة ليست ببدل ألا ترى أن الرتقاء تستحق النفقة وقد انعدم منها تسليم المعقود عليه فعرفنا أن المعتبر في النفقة تفريغها نفسها لحق الزوج وذلك يكون بالتبوئة فان بوأها معه بيتا فعليه النفقة وان انتزعها منه واحتاج الى خدمتها فلا نفقة علي الزوج ما دامت عند مولاها وان اعادها اليه وبوأها معه بيتا فعليه النفقة كالحرة اذا هربت من زوجها ثم عادت الى بيته توضيحه أن الامة محبوسة عند مولاها لحق المولى في خدمتها فكانت كالمحبوسة في الدين ولا نفقة للمحبوسة بالدين اذا

Maktaba Tul Ishaat.com

كان الزوج ممنوعا منها فاذا قضت الدين وعادت الى بيت الزوج كان لهـا النفقة وان كان لهـا منه ولد فلا نفقة عليـه للولد لان ولد الامة مملوك لمولاها فنفقته تـكون على مالـكه وان كانت المرأة مكاتبة وقد بوأها معه بيتا أو لم يبوئها منه فهو سواء ولها النفقة ولان المكاتبة في يد نفسها كالحرة وليس لمولاها أن يستخدمها فكانت هي كالحرة في استحقاق النفقة على الزوج اذالم تحبس نفسها عنه ظالمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة أهل الذمة

﴿قال﴾ رضي الله عنه ويفرض علي الذمى نفقة امرأته بالمعروف كما يفرض على المسلم لانها كفاية مشروعة للحاجـة وسببها وهو الزوجيـة يتحقق فيما بين أهـل الذمة كما يتحقق فيما بين المسلمين فان كانت ذات رحم محرم منه وذلك في دينهم نـكاح فطابت نفقتها منه من قبل النـكاح فرض لهـا من ذلك عليه كما يفرض فى النكاح الصحيح في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لمـا بينا من أصله أن لهذه الانـكحة فيما بينهم حكم الصحة وان رفع أحدهما الامر الى القاضى لايفرق القاضى بينهما فيقضى لها بالنفقة وعندهما ليس لهذه الانـكحة فيما بينهم حكم الصحة وبرفع أحدهما لامر القاضى يفرق القاضي بينهما فلايقضي لها بالنفقة ولا خلاف فى النـكاح بغـير شهود ان القاضى يقضى لها بالنفقة لان النـكاح بغـير شـهود صحيح فيما بينهم فان الاشهاد من حق الشرع وهم لايخاطبون بذلك الا ترى انهـم يقرون عليه بعـد الاسلام ﴿قال﴾ واذا أسلم الذمى وامرأته من غير أهل الـكتاب فأبت الاسلام وفرق بينهما فلا نفقة لها فى العدة لان الفرقة جاءت من قبلها بسبب هي عاصـية فى ذلك وهو إباء الاسلام بعدما عرض عليها ولهذا لامهر لها اذا كان قبل الدخول فليس لها نفقة العدة وان كان بعد الدخول أيضاً الا ان فى المهر اذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول سقط المهر عنه سواء كان بحق أو بغير حق لان سقوط المهر بتفويتها المعقود عليه على الزوج وذلك موجود في الحالين فاما سقوط النفقة باعتبار حبسها نفسها فيكون بمنزلة النفقة حال قيام النـكاح وهناك ان حبست نفسها ظلما كالناشزة لم يكن لها النفـقة وان حبست نفسها بحق لم تسقط نفقتها كما لو حبست نفسها لاستيفاء صداقها فكذلك فى نفقة العدة ان كانت الفرقة من جهتها بسبب هي عاصية فى ذلك فليس لها نفقة العدة وان لم تكن عاصية فى ذلك فلها نفقة العدة ﴿قال﴾ وان كانت

Maktaba Tul Ishaat.com

المرأة هي التي أسلمت فأبى الزوج ان يسلم ففرق بينهما كان عليه النفقة والسكنى مادامت فى العدة لان الفرقة جاءت بسبب من جهة الزوج وهو اباؤه عن الاسلام وذلك منه تفويت الامساك بالمعروف فتعين التسريح بالاحسان والاحسان فى التسريح ان يوفيها مهرها ونفقة عدتها ﴿قال﴾ واذا خرج أحد الحربيين مسلما ثم خرج الآخر بعده فلانفقة عليه لها قال لان العصمة انقطعت فيما بينهما بخروج أولهما ومعنى هذا ان وجوب نفقة العدة باعتبار ملك اليد الثابت للزوج عليها في حالة العدة ولهذا لاتجب النفقة فى العدة من نكاح فاسد أو وطئ بشبهة ولا في عدة أم الولد من المولى وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح يقطع ملك اليد الثابت بالنكاح ثم ان كان الزوج هو الخارج فلا عدة عليها لانها حربية وان كانت المرأة هي التي خرجت فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما عليها العدة لحق الشرع لا لحق الزوج فلا تكون نفقة العدة عليه والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النفقة فى الطلاق والفرقة والزوجية

﴿قال﴾ ولكل مطلقة بثلاث أو واحدة السكنى والنفقة مادامت في العدة أما المطلقة الرجعية فلانها فى بيته منكوحة له كما كانت من قبل وانما أشرف النكاح على الزوال عند انقضاء العدة وذلك غير مسقط للنفقة كما لو آلى منها أو علق طلاقها بمضي شهر فاما المبتوتة فلها النفقة والسكنى مادامت في العدة عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها السكنى ولا نفقة لها الا ان تكون حاملا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لانفقة للمبتوتة في العدة واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضى الله تعالى عنها قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكني الا أن فى صحة هذا الحديث كلاما فانه روى أن زوج فاطمة اسامة بن زيد رضى الله تعالى عنه كان اذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شئ فى يده وعن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت تلك المرأة فتنت العالم أى بروايتها هذا الحديث وقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه لاندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لاندرى أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكني مادامت في العدة وتأويله ان ثبت من وجهين (أحدهما) أن زوجها كان غائبا فانه خرج الى اليمن ووكل أخاه بأن ينفق

Maktaba Tul Ishaat.com

عليها خبز الشعير فأبت هي ذلك ولم يكن الزوج حاضراً ليقضى عليه بشئ آخر (والثاني) أنها كانت بذيئة اللسان على ماروى أنها كانت تؤذي أحماء زوجها حتى أخرجوها فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تعتد فى بيت ابن أم مكتوم رضي الله تعالى عنه فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكني ثم لا خلاف فى استحقاقها السكنى فانه منصوص عليه بقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية وقال تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم فعلماؤنا قالوا النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالى مستحق لها بالنكاح وهذه العدة حق من حقوق النكاح فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكني فكذلك النفقة وباستحقاق السكني يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها مادامت فى العدة وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه فى كسبه لماله فيه من ملك اليد ولا يدخل عليه نفقة المرهون فانه لايكون على المرتهن مع ملك اليد له لان ملك اليد للمرتهن فى المالية دون العين فان يده يد الاستيفاء وذلك فى المالية دون العين فأما اذا كانت حاملا فلها النفقة بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومن أصل الشافعي رحمه الله تعالى أن تعليق الحكم بالشرط كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدم الشرط وعندنا تعليق الحكم بالشرط لايدل على عدم الحكم عند عدم الشرط لان مفهوم النص ليس بحجة ولانه يجوز أن يكون الحكم ثابتاً قبل وجود الشرط بعلة أخرى ألا تري أن من قال لعبده أنت حر اذا جاء رأس الشهر ثم قال أنت حر غدا يبقى ذلك التعليق صحيحاً حتى لو أزاله من ملكه اليوم فمضي الغد ثم اشتراه ثم جاء رأس الشهر يعتق ولو بقي فى ملكه حتى الغد يعتق أيضاً كيف وقد قال أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفى قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقراءته لابد أن تكون مسموعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذلك دليل على أن النفقة مستحقة لها بسبب العدة وان قوله وان كن أولات حمل لازالة إشكال كان عسى ان يقع فان مدة الحمل تطول عادة فكان يشكل أنها هل تستوجب النفقة بسبب العدة فى مدة الحمل وان طالت فأزال الله تعالى هذا الاشكال بقوله حتى يضعن حملهن ثم النفقة اذا كانت حاملا تجب لها لا للولد بدليل أنه لاتجب فى مال الولد وان كان له مال أوصى له به وانها لا تتعدد بتعدد الولد وأنها اذا كانت أمة

فنفقتها على زوجها ونفقة الولد تكون على مولاه كما بعد الانفصال وأن المنكوحة اذا حبلت
لا تتضاعف نفقتها ولو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعف نفقة المنكوحة اذا حبلت فاذا
ثبت ان النفقة لها فقلنا لا بد من سبب لاستحقاق النفقة بينهما وبين الزوج ولا سبب لذلك
سوى العدة والحامل والحائل في هذا السبب سواء ولا تخرج من بيتها ليلا ولا نهاراً لقوله
تعالى ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة قال ابراهيم رضي الله عنه خروجها من بيتها فاحشة
ولانها مكفية المؤنة لا حاجة لها الى الخروج ليلا ولا نهاراً بخلاف المتوفى عنها زوجها فانه
لا نفقة لها في تركة الزوج فهي تحتاج الى ان تخرج بالنهار في حوائجها والبائنة بالخلع والايلاء
واللعان وردة الزوج ومجامعة أمها سواء في ذلك لان هذه الفرقة كلها بسبب من جهة
الزوج بعد ان كانت مستحقة للنفقة في أصل النكاح فيبقى ذلك الحق ببقاء العدة فان
اشترط الزوج في الخلع أن لا سكنى في العدة ولا نفقة فعليه السكني ولا نفقة عليه لأن
خروجها من بيتها معصية واشتراط المعصية في الخلع باطل ولان النفقة حقها واسقاطها حق
نفسها صحيح فأما السكنى من حق الشرع واسقاط ما هو حق الشرع باطل ألا ترى أن
اسقاطها لما زاد علي العشرة من المهر عند العقد صحيح بخلاف العشرة حتى لو أبرأت
زوجها من مؤنة السكني ورضيت أن تكون في بيت نفسها أو تلتزم مؤنة السكني من
مالها كان صحيحاً لان ذلك حقها ﴿قال﴾ واذا طلق امرأته طلاقا بائنا وهي أمة وقد بوأها
معه بيتا فعلى الزوج النفقة لانها كانت مستحقة للنفقة حال قيام النكاح فيبقى ذلك ببقاء
العدة فان أخرجها المولى اليه لخدمته بطلت النفقة عن الزوج كما في حال قيام النكاح اذا
شغلها بخدمته فان أعادها الى بيت الزوج وترك استخدامها فلها النفقة كما في حال قيام
النكاح فاما اذا كانت عند الطلاق في بيت المولى يستخدمها ثم عادت الى بيت الزوج بعد
الطلاق فلا نفقة لها عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لها النفقة كما لو كان استخدامه اياها
بعد الطلاق وهذا لان سقوط النفقة بعارض فاذا زال ذلك العارض صار كان لم يكن الا
ترى ان الحرة اذا كانت ناشزة هاربة من الزوج حين طلقها ثم عادت الى بيته كان لها نفقة
العدة لهذا المعنى وحجتنا في ذلك ان باعتبار العدة يبقى ما كان ثابتاً ولا يثبت مالم يكن ثابتاً
لان الثبوت ابتداء يستدعي قيام الملك مطلقا فاما ثبوت نفقة العدة عند الفرقة فان كانت في
بيت الزوج عند ذلك كانت مستحقة للنفقة فيبقى ذلك ببقاء العدة فان اعترض بعد ذلك

Maktaba Tul Ishaat.com

مسقط ثم زال صار كان لم يكن واذا لم تكن مستحقة للنفقة عند الفرقة فلو جعلنا لها النفقة
فى العدة كان هـذا إثبات النفقة لها ابتداء فى العدة وذلك لا يكون وهـذا المعنى وهو ان
المقصود من التبوئة ان تتفرغ للقيام بمصالح الزوج وذلك فى حال قيام النكاح فاذا بوأها
بيتا فى حال قيام النكاح استحقت النفقة فيبقى ذلك ببقاء العدة فاما اذا كان ابتداء التبوئة
فى العدة لا يحصل به هـذا المقصود لانها لا تقوم بمصالح الزوج والقياس فى الناشزة هكذا
ولكنا استحسنا فيها لان الحرة مستحقة فى أصل النكاح والعارض المسقط عند الفرقة
وبعدها فى حقها سواء اذا زال صار كان لم يكن بخلاف الأمة وان جاءت الفرقة من قبل
المرأة بالمعصية كالردة ومطاوعة ابن الزوج على الجماع وما أشبه ذلك فلا نفقة لها ان أصرت
على ذلك أو رجعت وتابت من لردة اما السكنى فواجبة لها لان القرار فى البيت مستحق
عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها اما النفقة فواجبة لها فتسقط بمجيء الفرقة من قبلها بالمعصية
﴿قال﴾ وان كانت أمة قد بوأها المولى بيتا فعتقت واختارت نفسها فلها النفقة فى العدة لان
اختيارها كان بسبب حق مستحق لها وقد بينا ان النفقة لا تسقط في حال قيام النكاح اذا
حبست نفسها بحق فكذلك اذا وقعت الفرقة بسبب حق مستحق لها ﴿قال﴾ واذا لم تخاصم
المعتقة فى نفقتها حتي انقضت عدتها فلا نفقة لها وكذلك التى طلقها زوجها لان نفقة العدة
لا تكون أوجب من نفقة النكاح وقد بينا ان نفقة النكاح لا تصير دينا بمضى المدة قبل
الفرض ولا يكون لها ان تطالب بها بعد زوال النكاح فنفقة العدة أولى وهذا لان السبب ملك
اليد والمستحق بهذا السبب فى حكم الصلة فلابد من قيام السبب لثبوت حق المطالبة الا ترى
ان الذمى اذا أسلم وعليه خراج رأسه لم يطالب بشيء منه لزوال السبب قبل الاستيفاء فهذا مثله
﴿قال﴾ وان كان الزوج غائبا فاستدانت عليه ثم قدم بعد انقضاء العدة فهذا ونفقة النكاح
سواء وقد بينا هناك ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول استدانتها على الزوج
صحيح وعلى قوله الآخر انما استدانت على نفسها وليس على الزوج من ذلك شيء فكذلك
فى حكم نفقة العدة ﴿ قال ﴾ واذا تطاولت العدة بالمرأة فالنفقة لها واجبة حتى تنقضي
العدة بالحيض أو بالشهور عند الاياس لان سبب الاستحقاق قائم فيبقى الاستحقاق
ببقاء السبب طالت العدة أو قصرت الا تري ان في الطلاق الرجعى يسوى بين ان
تطول مدة الحيض أو تقصر والأصل فيه حديث علقمة رضى الله عنه فانه طلق امرأته

Maktaba Tul Ishaat.com

فارتفع حيضها سبعة عشر شهراً ثم ماتت فورثه منها عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقال ان الله تعالى حبس ميراثها عليك ﴿ قال ﴾ وان اختلفا في انقضاء العدة فالقول قولها مع يمينها لان ما في رحمها لا يعلمه غيرها فتكون أمينة فيه مقبولة القول هكذا قال أبي بن كعب رضي الله عنه من الامانة ان تؤمن المرأة على ما في رحمها ولانها متمسكة بالاصل والاصل بقاء العدة واستحقاق النفقة كان ثابتاً لها فيبقى مالم يظهر انقضاء العدة وبقول الزوج ذلك لا يظهر في حقها لان قوله ليس بحجة عليها فان أقام الزوج البينة على اقرارها بانقضاء العدة برئ من النفقة لان ثبوت اقرارها بالبينة كثبوته بالمعاينة ﴿ قال ﴾ واذا جامعت ابن زوجها مطاوعة في عدتها لم تبطل بذلك نفقتها الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول النفقة تجب شيئاً فشيئاً فكما أنها لو طاوعت ابن الزوج في حال قيام النكاح لم يكن لها النفقة فكذلك اذا فعلت ذلك في العدة ولكنا نقول لا تأثير لفعلها هنا في الفرقة فان الفرقة بينهما قد وقعت قبل فعلها ولا تأثير لهذا الفعل في اسقاط العدة فتبقى النفقة مستحقة لها بخلاف ما اذا فعلت حال قيام النكاح لان الفرقة هناك وقعت بفعلها وهي عاصية في ذلك فأما اذا ارتدت في العدة سقطت نفقتها لا لعين الردة ولكن لانها تحبس فلا تكون في بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لا تستوجب النفقة في حال قيام النكاح فكذلك لا تستوجب النفقة في العدة وان تابت ورجعت الى بيته كان لها النفقة لزوال العارض وهو الحبس بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بردتها فان هناك لا نفقة لها وان تابت لان أصل الفرقة كان من جهتها بمعصية ولو لحقت بدار الحرب مرتدة فقد انقطعت العصمة بينهما حتى اذا جاءت مسلمة أو تائبة أو سبيت فأعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لان استحقاق النفقة باعتبار بقاء العصمة وتباين الدارين قاطع للعصمة ﴿ قال ﴾ ولو أن مستأمنا في دارنا تزوج ذمية ودخل بها وطلقها فلها النفقة في قول من يوجب على الذمية العدة وقد بينا فيه شبه الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فمن أوجب عليها يقول النفقة لما كانت مستحقة في حال قيام النكاح لها يبقى ببقاء العدة ولا يشبه هذا لذمي الذي له أبوان حربيان دخلا بأمان فانه لا نفقة لهما عليه لانهما وان كانا في دارنا صورة فهما من أهل الحرب متمكنان من الرجوع الى دار الحرب ونفقة الاقارب بمنزلة الصلة ولا يثبت استحقاق الصلة للحربي على من هو من أهل دارنا وهذا لان هذه الصلة لابقائه وهو من أهل الحرب

Maktaba Tul Ishaat.com

فهو به مستوجب للقتل غير مستوجب للابقاء وكما لاتجب نفقتهما على الذمي لاتجب على المسلم بطريق الاولى ﴿قال﴾ وان كان للمسلم أب ذمى معسر فنى القياس لانفقة له عليه لاختلاف الدينين ألا ترى أن التوارث بينهما منقطع فكذلك استحقاق النفقة وهو نظير سائر الاقارب حتى لا يستوجبون النفقة مع اختلاف الدين ولكنا نستحسن فى حق الاب الذمى والام لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وهذا فى الابوين الكافرين لقوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بى وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتركهما يموتان جوعا ثم استحقاق النفقة فيما بين الوالد والولد بسبب الولادة وذلك متحقق مع اختلاف الدين بخلاف سائر الاقارب فان الاستحقاق هنا بسبب الوراثة قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وباختلاف الدين ينقطع التوارث وبمعرفة حدود كلام صاحب الشرع يحسن الفقه ألا ترى أن حكم العتق عند دخوله فى ملكه وحرمة الرجوع فى الهبة لما تعلق بالحرمية شرعا لم يختلف باختلاف الدين ﴿قال﴾ رجل أعتق أم ولده فلانفقة لها فى العدة لان استحقاق النفقة كان لها بملك اليمين والعتق مناف للملك وما عليها من العدة نظير العدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ألا ترى أنه لايختلف بالحياة والوفاة وبمثل هذه العدة لاتستحق النفقة ﴿قال﴾ واذا أقر الرجل ان نكاح امرأته عليه حرام وقد دخل بها ففرق بينهما فلها المسمى من المهر ونفقة العدة لان أصل النكاح كان صحيحاً باعتبار الظاهر وهو غير مصدق في اقراره بالحرمة فى حقها وانما يصدق فى حق نفسه بابطال ملكه عنها فيجعل هذا في حقها كالطلاق فلها جميع المسمى ونفقة العدة ﴿قال﴾ والتي زوجها عمها اذا اختارت نفسها بعد البلوغ وقد دخل بها الزوج فلها النفقة مادامت فى العدة لان الفرقة من جهتها بسبب حق مستحق لها وكذلك اذا فرق القاضى بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة فلها النفقة والسكنى ما دامت فى العدة لان أصل النكاح كان صحيحا يتوارثان به اذا مات أحدهما والفرقة اذا جاءت بسبب حق مستحق لاتسقط به نفقتها ﴿قال﴾ واذا فرض القاضي للمرأة على زوجها النفقة فأعطاها فسرق منها لم يكن على الزوج ان يعطيها مرة أخرى مالم يمض الوقت لانها قد استوفت حق نفسها فدخل المستوفي فى ضمانها كما اذا استوفت المهر ويكون الهلاك بعد ذلك عليها دون الزوج ولو أرسل بها اليها رسولا فقال الرسول قد أعطيتها اياها وجحدت هي كان القول قولها مع يمينها لان رسول الزوج نائبه فدعواه انه أعطاها كدعوى الزوج ذلك

Maktaba Tul Ishaat.com

عليها ولو قال الزوج أعطيتها نفقتها وأنكرت هى الاستيفاء كان القول قولها مع يمينها فكذلك اذا ادعى الرسول انه أعطاها ولو أقرت بالاستيفاء ثم ماتت قبل مضى المدة ففى حق الزوج فى الاسترداد من التركة خلاف كما بينا فيما سبق ولا فرق بين ان يكون المقبوض بعينه قائما أو يكون مستهلكا على القولين جميعا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب حكم الولد عند افتراق الزوجين

اعلم بأن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لانفسهم والقيام بحوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك الى من هو مشفق عليهم فجعل حق التصرف الى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة والتصرف يستدعى قوة الرأى وجعل حق الحضانة الى الامهات لرفقهن فى ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت والظاهر أن الام أحفى وأشفق من الاب على الولد فتتحمل فى ذلك من المشقة مالا يتحمله الاب وفى تفويض ذلك اليها زيادة منفعة للولد والاصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ولدى هذا قد كان بطني له وعاء وحجرى له حواء وثديي له سقاء وأن هذا يريد أن ينتزعه منى فقال صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجى ولما خاصم عمر أم عاصم بين يدى أبى بكر رضى الله تعالى عنه لينتزع عاصما منها قال له أبو بكر رضي الله تعالى عنه ريحها خير له من سمن وعسل عندك وفى رواية ريقها خير له يا عمر فدعه عندها حتى يشب وفى رواية دعه فريح لفاعها خير له من سمن وعسل عندك اذا عرفنا هذا فنقول اذا فارق الرجل امرأته ولهما ولد فالام أحق بالولد أن يكون عندها حتى يستغنى عنها فان كان غلاما فحتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفى نوادر داود بن رشيد ويستنجى وحده وان كانت جارية فهي أحق بها حتي تحيض وكان القياس أن يستوى الغلام والجارية فى ذلك واذا استغنيا يكون الأب أحق بهما لان للام حق الحضانه وذلك ينتهى اذا استغنى عن ذلك والحاجة الى الحفظ بعد ذلك والاب أقدر على الحفظ. فان المرأة تعجز عن حفظ نفسها وتحتاج الى من يحفظها على ماقيل النساء لحم على وضم الا ماذب عنهن فكيف تقدر على حفظ غيرها ولكنا تركنا القياس فقلنا الجارية وان استغنت عن التربية فقد احتاجت الى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب والام على ذلك

Maktaba Tul Ishaat.com

أقدر واذا دفعت الى الاب اختلطت بالرجال فيقل حياؤها والحياء فى النساء زينة وانما يبقى ذلك اذا كانت تحت ذيل أمها فكانت أحق بها حتى تحيض فاذا بلغت احتاجت الى التزويج وولاية التزويج الى الاب وصارت عرضة للفتنة ومطمعة للرجال وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وفى نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالى اذا بلغت حد الشهوة فالاب أحق بها للمعنى الذى أشرنا اليه وهو قوة غيرة الرجال فان الام ربما تخدع فتقع فى فتنة ولا تشعر الام بذلك ويؤمن ذلك على الاب فأما الغلام اذا استغنى فقد احتاج الى تعلم أعمال الرجال والاب على ذلك أقدر واحتاج الى من يثقفه ويؤدبه والاب هو الذى يقوى على ذلك ولان صحبة النساء مفسدة للرجال فاذا ترك عندها ينكسر لسانه ويميل طبعه الى طبع النساء فربما يجيء مخنثاً فلهذا يدفع الى الاب بعد ذلك وهذا مذهبنا فأما عند الشافعى رحمه الله تعالى يخير بين الابوين فيدفع الى من اختار الغلام صحبته لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين ولكنا نقول فى هذا بناء الالزام والحكم على قول الصبي وذلك لا يجوز ولان الصبي فى العادة يختار ما يضره لانه يختار من لا يؤدبه ولا يمنعه شهوته والذى روى من الاثر فقد دعى رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك الغلام فقال اللهم سدده فببركة دعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اختار ما هو أنفع له ولا يوجد مثله فى حق غيره والرضاع والنفقة على الوالد لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن يعنى مؤنة الرضاع وهذا بخلاف حال قيام النكاح بينهما فانها لا تستوجب الاجر على ارضاع الولد وان استأجرها عندنا لان في حال بقاء النكاح الرضاع من الاعمال المستحقة عليها دِينا وبعد الفرقة ليس ذلك بمستحق عليها دِينا ولا دَينا وكما أن النفقة بعد الفطام على الاب لا يشاركه أحد فى ذلك باعتبار أن الولد جزء منه والانفاق عليه كالانفاق على نفسه فكذلك قبل الفطام مؤنة الرضاع عليه فان كان يجد من يرضعه بأقل مما ترضعه المرأة ولم تأخذه المرأة بذلك استأجر الظئر لترضعه قال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولانها قصدت الاضرار بالزوج في التحكم عليه وطلب الزيادة الا أن الظئر تأتى فترضعه عند أمه وليس للاب أن يأخذ الولد منها لان حق الحضانة لها فلا يملك الاب ابطال حقها وان اخذته الام بمثل ذلك فهى أحق به لانها أشفق على الولد من الظئر ولبنها أوفق له

والاب

Maktaba Tul Ishaat.com

والأب في هذا الموضع قاصد الى الاضرار والتعنت حين رضي بدفع مقدار الى الظئر ولا رضي بدفع مثل ذلك الى الام فان لم يكن وقع بينهما فرقة فلا أجر لها على الرضاع وان أبت أن ترضع لم تكره على ذلك لان المستحق عليها بالنكاح تسليم النفس الى الزوج للاستمتاع وما سوى ذلك من الاعمال تؤمر به تدينا ولا تجبر عليه فى الحكم نحو كنس البيت وغسل الثياب والطبخ والخبز فكذلك ارضاع الولد ﴿قال﴾ وان لم يكن للصبي أب وكان له أم وعم فالرضاع عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ان كانا موسرين لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فقد اعتبر صفة الوراثة فى حق غير الاب فدل ذلك على أنه يكون على الورثة بحسب الميراث ولكن بعد أن يكون ذا رحم محرم ثبت ذلك بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فان قراءته لا تختلف عن روايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه ما كان هذا الا سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال في النفقة بعد الفطام الجواب هكذا وكذلك فيما يحتاج اليه من النفقة قبل الفطام فاما الرضاع فانه كله على الأم لانها موسرة باللبن والعم معسر في ذلك ولكن فى ظاهر الرواية قال قدرة العم على تحصيل ذلك بماله يجعله موسراً فيه فلهذا كان عليهما اثلاثا والأم أحق ان يكون عندها حتى يبلغ ماوصفنا فان كان العم فقيرا والأم غنية فالرضاع والنفقة على الأم لان النفقة على العم مستحقة فى ماله لافى كسبه على مانبينه في نفقة ذوى الأرحام ان شاء الله تعالى والمعسر ليس له مال فلا يلزمه شئ من النفقة بل هو كالمعدوم فكانت النفقة على الام فان كان له أم وأخ لاب وأم وعم وهم أغنياء فالرضاع على الأم والأخ اثلاثا بحسب الميراث ولا شئ من ذلك على العم لانه ليس بوارث مع الأخ والغرم مقابل بالغنم وانما يستحق على من يكون الغنم له اذا مات الولد والحاصل ان بعد الأب النفقة على كل ذى رحم محرم اذا كانوا أغنياء على حسب الميراث ومن كان منهم فقيراً لم يجبر على النفقة فان تطوع بشئ فهو أفضل فان كانت الأم فقيرة وللولد عمة وخالة غنيتان فالنفقة عليهما أثلاثا على العمة الثلثان وعلى الخالة الثلث لان الام الفقيرة كالمعدومة وبعدها الميراث بين العمة والخالة أثلاثا فكذا النفقة عليهما وعلى هذا لو كان له ابن عم هو وارثه فان ابن العم ليس بذى رحم محرم فلا شئ عليه من النفقة بل يجعل هو فى حق النفقة كالمعدوم وتكون النفقة على العمة والخالة أثلاثا

Maktaba Tul Ishaat.com

وان كان الميراث لابن العم وكذلك كل عصبة ليس بذى رحم محرم فلا نفقة عليه وان كان الميراث له الا ترى ان مولى العتاقة عصبة في حق الميراث ولا نفقة عليه فكذلك من ليس بمحرم من الاقارب ﴿قال﴾ ويؤمر الموسر والوسط لولده اذا كانوا أكثر من واحد بخادم فان لم يكفهم فخادمان يقومان عليهم في خدمتهم لان هذا من جملة كفايتهم فتكون على الاب كالنفقة والكسوة الا أن المعسر عاجز عن ذلك والتكليف بحسب الوسع فأما الموسر ووسط الحال يقدر على ذلك فيؤمر من ذلك بما تقع به الكفاية ﴿قال﴾ فان تزوجت الام فللأب أن يأخذ الولد منها لقوله صلى الله عليه وسلم مالم تتزوجى فانما جعل الحق لها الي أن تتزوج وحكم ما بعد الغاية مخالف لما قبل ذلك ولانها لما تزوجت فقد اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد والولد في العادة يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الام فكان للأب أن لا يرضى بذلك فيأخذ الولد منها ﴿قال﴾ وأم الام في ذلك سواء بمنزلة الام بعدها لان حق الحضانة بسبب الامومة وهي أم تدلى بأم فهى أولى من أم الاب لانها تدلى بقرابة الأب وقرابة الام في الحضانة مقدمة على قرابة الاب ﴿قال﴾ ويستوى ان كانت الام مسلمة أو كتابية أو مجوسية لان حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين على ما قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى ومن مشايخنا من يقول اذا كانت كافرة فعقل الولد فانه يؤخذ منها جارية كانت أو غلاما لانه مسلم باسلام الاب وانها تعلمها الكفر فلا تؤمن من الفتنة اذا تركت عندها فلهذا تؤخذ منها فان كان لام الام زوج نظرنا فان كان زوجها جد الولد فهى أحق به لان جد الولد يكون مشفقاً عليه ولا يلحقه الاذى والجفاء من جهته وان كان أجنبياً فلا حق لها في الولد كالام اذا تزوجت أجنبيا ﴿قال﴾ وأم الاب بعدها أحق بهم عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى الاخت من الاب والام أو من الام أو الخالة أحق من الجدة أم الاب لانها تدلى بقرابة الاب ومن سمينا بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام ولكنا نقول هذه أم فى نفسها كأم الام والام مقدمة على غيرها فى الحضانة ثم أصل الشفقة باعتبار الولاد وذلك للجدات دون الاخوات والخالات فلهذا كانت أم الاب أحق وان كان لها زوج فان كان زوجها جد الولد فكذلك وان كان زوجها أجنبيا أو كانت هى ميتة فحق الحضانة الى الاخوات والاخت لأب وأم أولى من الاخت لام وعلى قول زفر رحمه الله تعالى هما مستويتان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء فى ذلك

Maktaba Tul Ishaat.com

ولكنا نقول قرابة الاخت لاب وأم من جهتين والشفقة بالقرابة فذو القرابتين يكون أشفق فكان بالحضانة أحق ويجوز أن يقع الترجيح بما لا يكون علة الاستحقاق ألا ترى أن الاخ لاب وأم مقدم فى العصوبة على الاخ لأب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها ثم الاخت لام تقدم على الاخت لاب لان استحقاق الحضانة بقرابة الام وهي تدلى بقرابة الام والاخرى انما تدلى بقرابة الاب ثم بعد الاخت لام قال في كتاب النكاح الاخت لاب أولى من الخالة وفي كتاب الطلاق قال الخالة أولى من الاخت لاب ففي رواية كتاب النكاح اعتبر قرب القرابة والاخت لاب أقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وفي كتاب الطلاق اعتبر المدلى به فقال الخالة تدلى بالام والاخت لاب تدلى بالاب والام فى حق الحضانة مقدمة على الأب فكذلك من يدلى بقرابة الام يكون مقدما على من يدلى بقرابة الاب ثم بعد الاخوات بناتهن على الترتيب الذى ذكرنا في الاخوات وبنات الاخوات فى الحضانة أحق من بنات الاخوة لان المدلى به فى بنات الاخوة لم يكن له حق فى الحضانة بخلاف بنات الاخوات ثم بعدهن الخالة لاب وأم ثم بعدها الخالة لأب والدليل على ثبوت حق الحضانة للخالات ماروى أن علي بن أبى طالب وجعفرا وزيد بن حارثة رضى الله عنهم اختصموا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ابنة حمزة رضى الله عنه فقال على رضى الله عنه بنت عمى فأنا أحق بها وقال جعفر رضى الله عنه ابنة عمى وخالتها عندى وقال زيد بن حارثة رضى الله عنه ابنة أخي آخيت بيني وبينه يارسول الله فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لجعفر رضى الله عنه فقال الخالة أم والترتيب في الخالات على قياس الترتيب في الاخوات وهن أحق بالحضانة من العمات لان الخالة تدلى بالأم والعمة تدلى بالاب واستحقاق الحضانة بقرابة الام فلهذا قدمت الخالة فى ذلك على العمة ثم بعد الخالات العمات فالتي من الاب والام تقدم ثم بعدها التى من الام ثم التى من الاب على قياس الخالات وبنت الاخ أولى من العمات لان كل واحدة منهما تدلى بمن لا حق له فى الحضانة ولكن بنت الاخ أقرب والخالة أولى من بنت الاخ لان الخالة تدلى بمن لها حق فى الحضانة وهي الام وابنة الاخ تدلى بمن ليس له حق في الحضانة فلهذا كانت الخالة أحق

﴿ قال ﴾ وليس لمن سوى الام والجدتين حق في الولد اذا أكل وشرب ولبس وحده جارية كانت أو غلاما لانه ترك الجارية عند الام والجدتين لتعلم أعمال داخل البيت وانما يتأتى

Maktaba Tul Ishaat.com

ذلك بالاستخدام وللأم والجدتين حق الاستخدام وليس لغيرهن ممن سمينا حق الاستخدام ولايحصل مقصود تعليم الاعمال الا بذلك فلهذا أخذ منهن ثم بعدما استغنى الغلام أو حاضت الجارية عند الام والجدتين او استغنت عند غيرهن فالاب أحق بالولد ثم بعده الجدات لاب ثم الاخ من الاب والام ثم الاخ من الاب لان ولاية الضم الى نفسه بعد هذا باعتبار العصوبة فمن يكون مقدما فى العصوبة من ذى الرحم المحرم أولى بذلك وقد بينا ترتيب العصبات فى أول الكتاب ولا حق لابن العم فى ذلك لانه رحم غير محرم فلا يؤمن منه أن يطمع فيها فلهذا لايكون له ان يضمها وان كانت ولاية التزويج له باعتبار العصوبة ﴿ قال ﴾ واذا اجتمع أخوة لاب وأم فأفضلهم صلاحا وورعا أحق به لان ضمه الى أقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الاقرب وضمه الى أبينهم صلاحا أنفع للولد لانه يتخلق بأخلاقه فان كانوا فى ذلك سواء فأكبرهم أحق لقوله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر ولان حق أكبرهم أسرع ثبوتا فعند التعارض يترجح ذلك وكذلك الاعمام بعد الاخوة ثم الغلام اذا بلغ رشيداً فله ان ينفرد بالسكنى وليس للاب ان يضمه الى نفسه الا ان يكون مفسداً مخوفا عليه فحينئذ له ان يضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله فانه بعد مابلغ رشيداً لايبقى للاب يد فى ماله فكذلك فى نفسه واذا بلغ مبذراً كان للاب ولاية حفظ ماله فكذلك له ان يضمه الى نفسه اما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه فانه يعير بفساد ولده فاما الجارية اذا كانت بكراً فللاب ان يضمها الى نفسه بعد البلوغ لانها لم تختبر الرجال فتكون سريعة الانخداع فاما اذا كانت ثيبا فلها ان تنفرد بالسكنى لانها قد اختبرت الرجال وعرفت كيدهم ومكرهم فليس للاب ان يضمها الى نفسه بعد البلوغ لان ولايته قد زالت بالبلوغ وانما بقى حق الضم فى البكر لانها عرضة للفتنة وللانخداع وذلك غير موجود فى حق الثيب والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للولى مع الثيب أمر وقال صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها يعنى فى التفرد بالسكنى ولكن هذا اذا كانت مأمونة على نفسها وذكر فى كتاب الطلاق أن الثيب اذا كانت مخوفة على نفسها لا يوثق بها فللأب أن يضمها الى نفسه لبقاء الخوف وقد بينا أن ولاية الضم فى البكر لكونها مخوفا عليها فاذا وجد ذلك فى حق الثيب كان له أن يضمها الى نفسه واما البكر فان لم يكن لها أب ولا جد وكان لها أخ أو عم فله أن يضمها اليه أيضاً لانه مشفق عليها فيقوم بحفظها وان كانت لا تبلغ شفقته

Maktaba Tul Ishaat.com

شفقة الاب بمنزلة ولاية التزويج يثبت للعم والاخ بعد الاب والجد فان كان أخوها أو عمها مفسداً مخوفا لم يخل بينه وبينها لان ضمها اليه لدفع الفتنة فاذا كان سببا للفتنة لم يكن له حق ضمها اليه بل يجعل هو كالمعدوم فتكون ولاية النظر بعد ذلك الى القاضي ينظر امرأة من المسلمين ثقة فيضمها عندها وكما يثبت للقاضي ولاية النظر في مالها عند عجزها عن ذلك فكذلك في حق نفسها فان كانت البكر قد دخلت في السن فاجتمع لها رأيها وعقلها وأخوها أو عمها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث شاءت في مكان لا يخاف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها ﴿ قال ﴾ وأم الولد اذا أعتقها مولاها في الولد بمنزلة الحرة المطلقة لان ثبوت هذا الحق للأم باعتبار شفقتها على الولد وذلك موجود في حق أم الولد بل شفقتهن على أولادهن أظهر من شفقة الحرائر لان الولد كان سبب عتقها الا أن قبل العتق ليس لها حق الحضانة لاشتغالها بخدمة مولاها ولانها مملوكة لا تلي نفسها وحق الحضانة نوع ولاية فكما لا يثبت سائر الولايات للرقيق فكذلك في الحضانة وهذا المعنى يزول بالعتق فكانت في الحضانة بعد العتق كالحرة الاصلية ﴿قال﴾ والامة اذا فارقها زوجها فان الولد رقيق لمولى الامة يأخذهم المولى وهو أولى بهم من الاب لان الولد تبع الام في الملك والمملوك مالكه أحق من غيره وكذلك اذا كان الزوج حراً لم يفارق أمه فالمولى أولى بالولد لكونه مملوكا له ولكن لا ينبغي أن يفرق بين الولد الصغير وبين امه لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين أحبته يوم القيامة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب متاع البيت

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما كان للنساء كالدرع والخمار والمغازل وما أشبه ذلك فهو للمرأة وما كان للرجال كالسلاح والقباء والقلنسوة والمنطقة والطيلسان والسراويل والفرس فهو للرجل وما كان للرجال والنساء كالخادم والعبد والشاة والفرش فهو للرجل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كانا حيين وان مات أحدهما ووقع الاختلاف بين الحي منهما وورثة الميت فهو للباقي منهما أيهما كان وقال محمد رحمه الله تعالى

Maktaba Tul Ishaat.com

مايصلح للرجال والنساء فهو للرجل ان كان حيا ولورثته ان كان ميتاً وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تعطي المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل استحسن ذلك وقال ابن أبي ليلى مايصلح للرجال والنساء فهو للزوج ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وانما لها مايصلح للنساء خاصة وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجل الا ما على المرأة من ثياب بدنها وقال زفر رحمه الله تعالى المتاع بينهما نصفان اذا لم تقم لواحد منهما بينة وهو قول مالك رحمه الله تعالى وأحد أقاويل الشافعي رضي الله تعالى عنه وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصري ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ماعلى الزوج من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له لان يد صاحب البيت على مافي البيت أقوى وأظهر من يدغيره ولان المرأة ساكنة البيت الا ترى انها تسمى قعيدة فاذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد ومن يقول المتاع كله للزوج قال لان المرأة في يد الزوج فمافي بيتها يكون في يد الزوج أيضاً الا ترى انه صاحب البيت وان المنزل يضاف اليه ولهذا لو تنازع رجلان في امرأة وهي في بيت أحدهما فأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولي ويكون هذا بمنزلة الاجير مع المستأجر اذا اختلفا في متاع الحانوت فالقول قول المستأجر وليس للاجير الا ماعليه من ثياب بدنه فهذا مثله ومن يقول الكل بينهما نصفان يقول استويا في سبب الاستحقاق لانهما ساكنان في البيت فالبيت مع مافيه يكون في يدهما ولا معتبر في الدعوي والخصومات بالشبه الا ترى ان اسكافا وعطاراً لو تنازعا في آلات الاسكافة أو آلات العطارين وهو في أيديهما قضي بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لكل واحد منهما وهذا لان الانسان قد يتخذ الشئ لاستعماله وقد يتخذه ليتجر فيه فكذلك هذا ومن يقول ان المشكل بينهما يقول لكل واحد منهما فيما يصلح له نوع ترجيح من حيث ان الظاهر انه هو الذي اتخذه لاستعماله فيترجح به كما لو تنازع صاحب الدار مع سكانها في لوح موضوع في الدار ونقشه يشبه نقش الالواح التي في السقف وموضعه من السقف ظاهر فان القول قول صاحب الدار لاجل شهادة الظاهر له وان لم يكن بهذه الصفة فالقول قول الساكن كسائر الامتعة فاما في المشكل لا ترجيح لواحد منهما فيعتبر فيه المساواة في سبب الاستحقاق فيكون بينهما نصفان وأما أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول القياس ان يكون الكل للزوج لان المرأة مع ما في يدها في يد الزوج الا أن الظاهر انها لا تزف الى

Maktaba Tul Ishaat.com

بيت زوجها الامع جهاز مثلها في مقدار جهازمثلها يترك القياس للعرف الظاهر ويجعل ذلك
لها وفيما زاد على ذلك القول قول الزوج بطريق القياس الذى قلنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى
يقول ما يصلح للرجال فهو قريب من استعمال الرجل وما يصلح للنساء فهو قريب من
استعمالها والاستعمال يد حتي لو تنازع رجلان فى ثوب واحد وأحدهما لابسه والآخر
متعلق بذيله أو تنازعا في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل
فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لاحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب
الرجل فى الطلاق لانه صاحب البيت فقد كانت هى مع المتاع في يده فأما بعد موت
أحدهما قال محمد رحمه الله تعالى ورثة الزوج يقومون مقام الزوج فكما أن في المشكل
القول قوله فى حياته فكذلك بعد موته القول قول ورثته وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى
يد الباقى منهما الى المتاع أسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع
الترجيح هنا بقوة اليد لصلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد ولان يد الباقى
منهما يد نفسه ويد الوارث قائمة مقام يد مورثه فلهذا النوع من الترجيح كان المشكل للباقي
منهما أيهما كان وما كان من متاع التجارة والرجل معروف بتلك التجارة فهو للرجل والجبة
المحشوة وجبة القز والخز والبرود فهو للرجل اذا كانت ذات لبة لان هذا مما يستعمله
الرجال دون النساء والمستقة والبر كان المعلم مما يكون للرجال والنساء جميعا وان كان أحد
الزوجين حراً والآخر مملوكا أو مكاتباً فالمتاع للحر منهما أيهما كان فى قول أبى حنيفة
رحمه الله تعالي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي هذا وما لو كانا حرين سواء على
مابينا فى الفصل الاول من قول كل واحد منهما وانما نص على هذا الخلاف فى
الجامع الصغير وجه قولهما أن المملوك بمنزلة الحر في الاستحقاق باليد لان له يدا معتبرة
ألا ترى أنه لو تنازع حر ومملوك فى متاع في يدهما كان بينهما نصفان ولا تترجح يد الحر
بحريته فكذلك هذا ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول يد الحر أقوي فانها يد ملك
ويد العبد ليست بيد ملك فكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد يقع بالقرب من الاستعمال
بخلاف سائر الدعاوى والخصومات فكذلك يقع الترجيح هنا بقوة اليد بالحرية توضيحه
أن يد الحر يد نفسه ويد العبد من وجه كأنها يد مولاه وقد بينا أن الترجيح هنا باعتبار أن
يده يد نفسه كما بعد موت أحدهما وان كان أحدهما كافراً والآخر مسلما فالمسلم والكافر فى

Maktaba Tul Ishaat.com

ذلك سواء لانهما فى قوة اليد يستويان فان يد كل واحد منهما يد نفسه وهي يد ملك فيستويان فى الاستحقاق ويستوى ان وقعت المنازعة بينهما في حال قيام النكاح أو بعد وقوع الفرقة بأى وجه وقعت الفرقة بينهما سواء كانت الفرقة من قبل الزوج أو من قبل المرأة وان كانت أمة فأعتقت فاختارت نفسها فما عرف أنه كان فى البيت قبل أن تعتق فهو للرجل عند أبى حنيفة بمنزلة ما لو وقعت المنازعة فى ذلك قبل عتقها وما أحدثا بعد العتق قبل أن تختار نفسها فهو على ما بينا في الطلاق لان يدها بالعتق تتقوى فتستوى بيد الرجل فيما أحدث بعد العتق ﴿قال﴾ فان كان له نسوة فوقع الاختلاف بينه وبينهن فان كن في بيت واحد فمتاع النسوة بينهن سواء للمساواة بينهن فى سبب الاستحقاق وهو القرب من الاستعمال وقوة اليد بسببه وان كانت كل واحدة منهن في بيت واحد فما فى بيت كل واحدة منهن بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشارك بعضهن بعضا لانه لا يد لكل واحدة منهن فيما فى بيت ضرتها فلا تستحق شيئاً من ذلك الا بحجة ﴿قال﴾ واذا أقرت المرأة بمتاع أن الرجل اشتراه فهو للرجل لان الشراء سبب موجب للملك وقد أقرت له بمباشرة هذا السبب ولان ما أقرت به كالمعاين ولو عايناه اشترى شيئاً كان ذلك مملوكا له فكذلك اذا أقرت هى بشرائه ﴿قال﴾ واذا مات الرجل فقالت الورثة للمرأة قد كان طلقك في حياته ثلاثا وأرادوا أن يأخذوا منها المشكل لم يصدقوا على ذلك وهذا التفريع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه يقول اذا وقعت الفرقة بالطلاق ففى المشكل القول قول الزوج واذا وقعت بالموت ففي المشكل القول قول الباقى منهما ثم هنا الورثة يدعون طلاقا لم يظهر سببه فلا يقبل قولهم فى ذلك الا بحجة الا ترى انهم لو أرادوا منع ميراثها بهذه الدعوى لم يقبل قولهم في ذلك ولان القول قولها بعد ما تحلف بالله انها ما تعلم انه طلقها لانها لو أقرت بالطلاق لزمها فاذا أنكرت حلفت عليه ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فان علم انه طلقها فى صحته ثلاثا ثم مات أو طلقها في مرضه ثلاثا ثم مات بعد انقضاء العدة ففى المشكل القول قول ورثة الزوج لانها صارت أجنبية بهذا الطلاق ولو وقعت المنازعة بينهما فى المشكل بعد الطلاق كان القول فيه قول الزوج فكذلك بعد موته القول فيه قول ورثته وان مات قبل ان تنقضى العدة فهو للمرأة لان الطلاق في المرض لا يجعلها أجنبية مالم تنقضى عدتها الا ترى انها ترثه بالزوجية اذا مات فكان هذا ومالو وقعت الفرقة بينهما

بالموت

بالموت سواء فلهذا كان القول في المشكل قولها وان كانا مملوكين أو مكاتبين أو كافرين فالقول فى المتاع على ما وصفنا فى الحرين المسلمين لان هذا من باب الدعوى والخصومة والكفار والمماليك في ذلك يستوون بالاحرار المسلمين كما فى سائر الخصومات والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب القسمة بين النساء

اعلم بان الزوج مأمور بالعدل فى القسمة فيما بين النساء وذلك ثابت بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة الى قوله ذلك أدنى أن لا تعولوا معناه ان لا تجوروا وذكر الشافعي رحمه الله تعالى في أحكام القرآن ان معناه ان لا تكثر عيالكم وهذا مخالف لقول السلف فالمنقول عنهم أن لا تميلوا ومع ذلك فهو خطأ من حيث اللغة فانه لو كان المراد كثرة العيال لكان يقول ان لا تعيلوا يقال عال اذا مال وأعال اذا صار معيلا ومن حيث المعنى كذلك أيضا غلطا فانه أمر بالاكتفاء بالواحدة واتخاذ ما بينا من ملك اليمين عند هذا الجور ومعنى كثرة العيال ووجوب النفقة يحصل فى ملك اليمين كما يحصل فى ملك النكاح وانما ينعدم فى ملك اليمين استحقاق التسوية في القسمة وأما السنة فما روى عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل فى القسمة بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من زيادة المحبة لبعضهن وفي حديث أبي هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من كانت له زوجتان فمال الى احداهما في القسم جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولان النساء رعاياه الا ترى انه يحفظهن وينفق عليهن وكل راع مأمور بالعدل فى رعيته واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله كلكم راع وكلكم مسؤل عن رعيته اذا عرفنا هذا فنقول اذا كان للرجل الحر أو المملوك امرأتان حرتان فانه يكون عند كل واحدة منهما يوما وليلة وان شاء ان يجعل لكل واحدة منهما ثلاثة أيام فعل لان المستحق عليه التسوية فاما في مقدار الدور فالاختيار اليه وهذه التسوية في البيتوتة عندها للصحبة والمؤانسة لا فى المجامعة لان ذلك ينبني على النشاط ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه فهو نظير المحبة في القلب وروى عن الاشعث بن الحكم رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لام سلمة رضى الله عنها حين دخل

بها ان شئت سبعت لك وسبعت لهن زاد فى بعض الروايات ان شئت ثلثت لك وثلثت لهن
وفى رواية وان شئت ثلثت لك ثم درت وبهذا الحديث أخذ علماؤنا فقالوا الجديدة والقديمة
فى حكم القسم سواء بكراً كانت الجديدة أو ثيبا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان كانت بكراً
يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيباً فثلاث ليال ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبى هريرة رضى
الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث ولان القديمة
قد ألفت صحبته وأنست به والجديدة ما ألفت ذلك بل فيها نوع نفرة ووحشة فينبغي أن
يزيل ذلك عنها ببعض الصحبة لتستوي بالقديمة فى الالف ثم المساواة بعد ذلك فاذا كانت
بكراً ففيها زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال واذا كانت ثيبا فهي قد صحبت الرجال
وانما لم تصحبه خاصة فيكفيها ثلاث ليال لتأنس بصحبته وحجتنا في ذلك أن سبب وجوب
التسوية اجتماعها فى نكاحه وقد تحقق ذلك بنفس العقد ولو وجب تفضيل إحداهما كانت
القديمة أولى بذلك لان الوحشة فى جانبها أكثر حيث أدخل غيرها عليها فان ذلك يغيظها
عادة ولان للقديمة زيادة حرمة بسبب الخدمة كما يقال لكل جديد لذة ولكل قديم حرمة
وأما الحديث فالمراد التفضيل بالبداية دون الزيادة كما ذكر فى حديث أم سلمة رضى الله
تعالى عنها ان شئت سبعت لك وسبعت لهن وقوله ان شئت ثلثت لك ثم درت أي أخبرت
بمثل ذلك على كل واحدة منهن ونحن نقول به ان للزوج أن يبدأ بالجديدة لما له فى ذلك
من اللذة ولكن بعد أن يسوى بينهما ﴿قال﴾ والمسلمة والكافرة والمراهقة والمجنونة والبالغة
فى استحقاق القسم سواء للمساواة بينهن فى سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح فلا
ينبغى أن يقيم عند إحداهن أكثر مما يقيم عند الاخرى الا أن تأذن له فيه لما روى أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذن نساءه في مرضه أن يكون فى بيت عائشة رضى
الله تعالى عنها فأذنّ له في ذلك فكان فى بيتها حتى قبض صلي الله عليه وسلم ففي هذا
دليل على أن الصحيح والمريض في القسم سواء لان النبى صلى الله عليه وسلم فى أول
مرضه كان يكون عند كل واحدة منهن ثم لما شق ذلك عليه استأذنهنّ فى أن يكون عند
عائشة رضى الله تعالى عنها فدل ذلك على أن الصحيح والمريض سواء وأن عند الاذن له
أن يقيم عند احداهن فأما الامة والمكاتبة والمدبرة وأم الولد تكون زوجة الرجل فيتزوج
عليها حرة فللحرة يومان وللامة يوم واحد لحديث على رضى الله تعالى عنه على ماروينا

Maktaba Tul Ishaat.com

قال وللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث ولان حل الامة على النصف من حل الحرة واستحقاق القسم باعتبار ذلك والرق في المكاتبة والمدبرة وأم الولد قائم ﴿قال﴾ وان سافر الرجل مع احدى امرأتيه لحج أو غيره فلما قدم طالبته الثانية أن يقيم عندها مثل المدة التى كان فيها مع الاخري في السفر لم يكن لها ذلك ولم يحتسب عليه بأيام سفره مع التى كانت معه ولكنه يستقبل العدل بينهن والكلام هنا في فصلين أحدهما ان له أن يسافر بأيتهما شاء من غير اقراع بينهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس له ذلك الا أن يقرع بينهما لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه قالت عائشة رضى الله عنها وأصابتني القرعة في السفرة التى أصابني فيها ما أصابني وحجتنا في ذلك أنه لا حق للمرأة في القسم عند سفر الزوج ألا ترى ان له أن يسافر ولا يستصحب واحدة منهن فليس عليه التسوية بينهن في حالة السفر وانما كان يفعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وبه نقول ان ذلك مستحب للزوج ثم اذا سافر ببعضهن ليس للباقين بعد الرجوع الاحتساب عليه بتلك المدة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان سافر ببعضهن بغير اقتراع فذلك محسوب عليه في حق الاخرى بناء على أصله أن الاقراع مستحق عليه فاذا لم يفعل ذلك كانت مدة سفره نوبة التى كانت معه فينبغي أن يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وقد بينا أنه لا حق للمرأة في القسم في حال سفر الزوج فلا يلزمه مراعاة التسوية باعتبار تلك المدة كما اذا سافر بها بالقرعة الا ترى انه في حالة الحضر لا فرق بين ان تكون البداية باقراع أو بغير اقراع فكذلك في السفر ﴿قال﴾ ولو أقام عند إحداهما شهراً ثم خاصمته الأخرى في ذلك قضى عليه ان يستقبل العدل بينهما وما مضى فهو هدر غير انه هو فيه آثم لان القسمة تكون بعد الطلب من كل واحدة منهما فما مضى قبل الطلب ليس من القسمة في شئ والواجب عليه العدل في القسمة الا ترى أن ما مضى قبل نكاح احداهما لا يعتبر في حق التى جدد نكاحها فكذلك ما مضى قبل طلبها ﴿قال﴾ فان عاد الى الجور بعد ما نهاه القاضي أوجعه عقوبة وأمره بالعدل لانه أساء الأدب فيما صنع وارتكب ما هو حرام عليه وهو الجور فيعذر في ذلك ويؤمر بالعدل ﴿قال﴾ ولو كان عند الرجل امرأة فدخلت في سنها أى كبرت

Maktaba Tul Ishaat.com

فأراد ان يستبدل بها شابة فطلبت ان يمسكها ويتزوج بالأخرى ويقيم عند التى تزوج أياما ويقيم عندها يوما فتزوج على هذا الشرط كان جائزاً لا بأس به لقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما الآية قال على رضى الله عنه انما نزلت هذه الآية فى هذا وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة رضى الله عنها حين طعنت فى السن اعتدى فسألته لوجه الله تعالى ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها لكي تحشر يوم القيامة مع أزواجه صلى الله عليه وسلم ورضى عنهن ففعل ﴿ قال ﴾ ولا بأس بأن يقيم الرجل عند احدى امرأتيه أكثر مما يقيم عند الاخرى اذا أذنت له لما روينا من الحديث في مقامه صلى الله عليه وسلم فى بيت عائشة رضى الله عنها باذنهن رضى الله عنهن ولقول ابن عباس رضى الله عنه فى قوله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء الاية قال هذا فى الحب فامافى القسم فينبغى ان يعدل ولايفضل احداهما الا باذن الاخرى وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنه فى قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً مثل قول على رضى الله تعالى عنه وكان المعنى فيه أن التى رضيت أسقطت حق نفسها وهي من أهل أن تسقط حقها الا أن هذا الرضا ليس يلزمها شيئا حتى اذا أرادت أن ترجع وتطالب بالعدل فى القسم فلها ذلك ﴿ قال ﴾ واذا أقام عند امرأته الامة يوما ثم أعتقت لم يقم عند الحرة الاخرى الا يوما واحداً لأن المعتقة استوت بالحرة فى السبب فعليه مراعاة التسوية بينهما فى القسم وتجعل حريتها عند انتهاء النوبة اليها بمنزلة حريتها عند ابتداء النوبة ولو أقام عند الحرة يوما ثم أعتقت تحول عنها الى المعتقة لانها قد استوت بها فليس له أن يفضل الحرة بشئ بعد مااستوت المعتقة بها ﴿قال ﴾ واذا كان للرجل امرأة واحدة فكان يقوم الليل ويصوم النهار فاستعدت عليه امرأته فإنه يؤمر بأن يبيت معها ويفطر لها وبلغنا عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال لكعب بن سور اقض بينهما فقال أراها احدى نسائه الاربع لهن ثلاثة أيام ولياليها ولها يوم وليلة وقصة هذا الحديث أن امرأة جاءت الى عمر رضى الله تعالى عنه وقالت ان زوجى يصوم النهار ويقوم الليل فقال نعم الرجل زوجك فأعادت كلامها مراراً في كل ذلك يجيبها عمر رضي الله عنه بهذا فقال كعب بن سور ياأمير المؤمنين انها تشكو من زوجها فى أنه هجر من صحبتها فتعجب عمر رضى الله تعالى عنه من فطنته وقال اقض بينهما فقضى كعب رضى الله تعالى عنه بما ذكر فولاه عمر رضى الله تعالى

عنه قضاء البصرة ثم فى ظاهر الرواية لا يتعين حقها فى يوم وليلة من كل أربع ليال ولكن
يؤمر الزوج بأن يراعى قلبها ويبيت معها أحيانا . وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله
تعالى قال اذا كان للرجل امرأة واحدة فاشتغل عنها بالصيام والقيام أو بصحبة الاماء
فخاصمته فى ذلك نضى القاضى لها بليلة من كل أربع ليال لحديث كعب بن سور ولان للزوج
أن يسقط حقها عن ثلاث ليال بأن يتزوج ثلاثا سواها وليس له أن يسقط حقها أكثر
من ذلك وجه ظاهر الرواية أن القسمة والعدل انما يكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا
حين لم يكن فى نكاحه الا واحدة أرأيت لو كان تحته أربع نسوة أكان يستحق عليه
يوم وليلة من أربعة لكل واحدة منهن فلا يشتغل بالصيام والقيام أبداً حتى لا يصوم
لا رمضان ولا غيره هذا ليس بشئ والصحيح أنه يؤمر بأن يؤنسها بصحبته أحيانا من
غير أن يكون فى ذلك شئ مؤقت وهذا لان عند المزاحمة تلحق كل واحدة منهما المغايظة
لمقامه عند الاخرى فيستحق عليه التسوية ولا يوجد ذلك عند عدم المزاحمة ﴿قال﴾
واذا تزوج امرأتين على أن يقيم عند احداهما يوما والاخرى يومين ثم طلبت التى لها
اليوم أن يعدل بينهما فلها ذلك لما بينا أنها رضيت بترك العدل فيما مضى من المدة فلا يلزمها
ذلك فى المستقبل شيئاً ولان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع وهو باطل لقوله صلى الله
عليه وسلم كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ﴿قال﴾ والمجبوب والخصى
والعنين فى القسمة سواء بين النساء لما بينا أن وجوب القسم والعدل للصحبة والمؤانسة
دون المجامعة وحال هؤلاء فى هذا كحال الفحل وكذلك الغلام الذى لم يحتلم اذا دخل
بامرأتين فانه يسوى بينهما فى القسم لان وجوب التسوية لحق النساء وحقوق العباد
تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب كما يتوجه على البالغين ﴿قال﴾ واذا جعلت المرأة
لزوجها جعلا على أن يزيدها في القسم يوما ففعل لم يجز وترجع فى ماله لانها رشته على
أن يجور والرشوة حرام وهذا بمنزلة الرشوة في الحكم وهو من السحت فلهذا تسترد
ما أعطت وعليه التسوية في القسم وكذلك لو حطت له شيئاً من المهر على هذا الشرط أو
زادها الزوج فى مهرها أو جعل لها جعلا على أن تجعل نوبتها لفلانة فهذا كله باطل لانها
بهذا لا يملك الزوج شيئاً فلا تستوجب عليه المال بمقابلته ولانها أخذت الرشوة على أن

ترضى بالجور وذلك حرام فكان الجعل مردوداً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة ذوي الارحام

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه ويجبر الرجل الموسر على نفقة أبيه وأمه اذا كانا محتاجين لقوله تعالى ولا تقل لهما أف نهى عن التأفيف لمعنى الأذى ومعنى الأذى فى منع النفقة عند حاجتهما أكثر ولهذا يلزمه نفقتهما وان كانا قادرين على الكسب لان معنى الاذى فى الكد والتعب أكثر منه فى التأفيف وقال صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده لمن كسبه فكلوا مما كسب أولادكم واذا كان الاولاد ذكوراً واناثا موسرين فنفقة الابوين عليهم بالسوية في أظهر الروايتين وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الارحام ووجه الرواية الاخرى أن استحقاق الابوين النفقة باعتبار التأويل وحق الملك لهما فى مال الولد كما قال صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وفى هذا الذكور والاناث سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث بسبب اختلاف الملة ﴿ قال ﴾ وان كان الولد معسرا وهما معسران فليس عليه نفقتهما لانهما لما استويا فى الحال لم يكن أحدهما بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر الا انه روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لايفضل عن نفقته فعليه ان يضم الأب الى نفسه لانه لولم يفعل ضاع الأب ولو فعل ذلك لايخشى الهلاك على الولد والانسان لايهلك على نصف بطنه ﴿ قال ﴾ وكذلك الجد أب الاب والجدة أم الأم وأم الأب لانهم من الوالدين وحالهم فى استحقاق النفقة كحال الابوين الا ترى ان التأويل في مال النافلة يثبت للجد عند عدم الاب كما يثبت للاب ﴿ قال ﴾ ويجبر الرجل على نفقة أولاده الصغار لقوله عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك ولان الولد جزء من الاب فتكون نفقته عليه كنفقته على نفسه ثم في ظاهر الرواية لايشارك الاب في النفقة أحد وقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النفقة على الاب والام أثلاثا بحسب ميراثهما من الولد فأما فى ظاهر الرواية كما لايشارك

Maktaba Tul Ishaat.com

الاب في مؤنة الرضاع أحد فكذلك في النفقة وهذا اذا كان الاب موسراً فان كان معسراً والام موسرة أمرت بأن تنفق من مالها على الولد ويكون ذلك دينا على الاب اذا أيسر وكذلك الاب اذا كان معسراً وله أخ موسر فان الاخ وهو عم الولد يعطى نفقة الولد ويكون ذلك دينا على الاب له اذا أيسر لان استحقاق النفقة على الأب ولكن الانفاق لايحتمل التأخير فيقام مال الغير مقام ماله فى أداء مقدار الحاجة منه على أن يكون ذلك دينا عليه اذا أيسر والذى قلنا فى الصغار من الاولاد كذلك في الكبار اذا كن إناثا لان النساء عاجزات عن الكسب واستحقاق النفقة لعجز المنفق عليه عن كسبه وان كانوا ذكوراً بالغين لم يجبر الاب على الانفاق عليهم لقدرتهم على الكسب الا من كان منهم زمناً أو أعمى أو مقعداً أو أشل اليدين لاينتفع بهما أو مفلوجا أو معتوها فحينئذ تجب النفقة على الوالد لعجز المنفق عليه عن الكسب وهذا اذا لم يكن للولد مال فاذ كان للولد مال فنفقته فى ماله لانه موسر غير محتاج واستحقاق النفقة على الغنى للمعسر باعتبار الحاجة اذ ليس أحد الموسرين بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر بخلاف نفقة الزوجة فان استحقاق ذلك باعتبار العقد لتفريغها نفسها له فتستحق موسرة كانت أو معسرة فاما الاستحقاق هنا باعتبار الحاجة فلا تثبت عند عدم الحاجة ﴿ قال ﴾ فان كان مال الولد غائباً أمر الاب بان ينفق عليه من ماله على ان يرجع فى مال الولد اذا حضر ماله لكنه ان أشهد فله ان يرجع فى الحكم وان أنفق بغير اشهاد لكن على نية الرجوع فله ان يرجع فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحكم ليس له ذلك لان الظاهر انه يقصد التبرع بمثل هذا والقاضى يتبع الظاهر فاما فيما بينه وبين الله تعالى فله ان يرجع لان الله تعالى عالم بما فى ضميره ﴿قال﴾ وكذلك يجبر على نفقة كل ذى رحم محرم منه الصغار والنساء وأهل الزمانة من الرجال اذا كانوا ذوى حاجة عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاتجب النفقة على غير الوالدين والمولودين وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى تجب النفقة على كل وارث محرما كان أو غير محرم واستدل بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ولكنا نقول قد بينا ان في قراءة ابن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك والشافعى رحمه الله تعالى يبنى على أصله فان عنده استحقاق الصلة باعتبار الولاد دون القرابة حتى لايعتق أحد على أحد الا الوالدين والمولودين عنده وجعل قرابة الاخوة فى ذلك كقرابة بني الاعمام فكذلك فى حق استحقاق

النفقة وفيما بين الآباء والاولاد الاستحقاق بعلة الجزئية دون القرابة وحمل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك على نفي المضارة دون النفقة وذلك مروى عن ابن عباس رضي الله عنه ولكنا نستدل بقول عمر وزيد رضى الله عنهما فانهما قالا وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة ثم نفى المضارة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث على ان الكناية في قوله ذلك تكون عن الأبعد واذا أريد به الاقرب يقال هذا فلما قال ذلك عرفنا أنه منصرف الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمعنى فيه أن القرابة القريبة يفترض وصلها ويحرم قطعها قال صلى الله عليه وسلم ثلاث معلقات بالعرش النعمة والامانة والرحم تقول النعمة كفرت ولم أشكر وتقول الامانة خونت ولم أرد ويقول الرحم قطعت ولم أوصل وقد جعل الله تعالى قطيعة الرحم من الملاعن بقوله تعالى أولئك الذين لعنهم الله ومنع النفقة مع يسار المنفق وصدق حاجة المنفق عليه يؤدى الى قطيعة الرحم ولهذا اختص به ذو الرحم المحرم لان القرابة اذا بعدت لا يفرض وصلها ولهذا لا تثبت المحرمية بها وكذلك المرأة الموسرة تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الاقارب لان هذا الاستحقاق بطريق الصلة فيستوى فيه الرجال والنساء كالعتق عند الدخول فى الملك ﴿قال﴾ ولا يجبر المعسر على نفقة أحد الا على نفقة الزوجة والولد الصغير أما استحقاق نفقة الزوجة باعتبار العقد وأما الاولاد الصغار فلأنهم اجزاؤه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذلك نفقة أولاده والاصل فيه قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله فأما نفقة الاقارب استحقاقها بطريق الصلة فتكون على الموسرين دون المعسرين كالزكاة وعلى هذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى من لم يكن له فضل على حاجته مقدار ما تجب فيه الزكاة لا تلزمه نفقة الاقارب الا أنه يروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال اذا كان كسبه كل يوم درهما ويكفيه لنفقته ونفقة عياله أربعة دوانق يؤمر بصرف الفضل الى أقاربه لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر فى جانب المؤدى لتيسير الاداء ويسر الاداء موجود اذا كان كسبه يفضل عن نفقته ﴿قال﴾ واذا امتنع الاب من الانفاق على أولاده الصغار يحبس فى ذلك بخلاف سائر الديون فان الوالد غير محبوس فيه لوجهين أحدهما أن النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع يكون قاصداً الى اتلافه والاب يستوجب العقوبة عند قصده الى اتلاف ولده كما لو عدى عليه بالسيف كان له أن يقتله دفعاً له بخلاف سائر الديون

Maktaba Tul Ishaat.com

لا تسقط بتأخير الاداء والنفقة لا تصير دينا بل تسقط بمضى الوقت فيستوجب الحبس اذا امتنع من الاداء وهو نظير ما قلنا أن من جار فى القسم يوجع عقوبة واذا امتنع من ايفاء حق آخر لا يحبس لان ذلك الحق لا يسقط بتأخير الاداء وما جار فيه من الزمان لا يصير دينا فيوجع عقوبة ليمتنع من الجور ﴿قال﴾ ومن كان له مسكن أو خادم ليس له غيره وهو محتاج تحل له الصدقة فعلى الموسر من ذى الرحم المحرم نفقته وقال الخصاف فى كتابه بعد ما روى هذا عن محمد رحمه الله تعالى وقال غيره ليس عليه نفقته ولكن يقال له بع مسكنك وخادمك وأنفق على نفسك لانه يمكنه أن يكتفى بمنزل يكرى فأما فى ظاهر الرواية المنزل والخادم من أصول حوائجه فانه لا بد له من ذلك فلا ينعدم بملكها حاجته ﴿قال﴾ ولا يقضي بالنفقة فى مال أحد ممن ذكرنا اذا كان رب المال غائباً أو مفقوداً ما خلا الوالدين والزوجة فانى أقضي لهم من مال الغائب والحاصل ان ما كان مختلفا فيه فلا يتقوى الا بقضاء القاضى وليس للقاضى أن يوجد القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق ان يمد يده فيأخذ ذلك من غير قضاء القاضي وللقاضي ان يعينه على ذلك اذا كان صاحب المال حاضراً أو غائبا والسبب معلوما للقاضى الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لهند رضى الله عنها خذى من مال أبى سفيان رضى الله عنه ما يكفيك وولدك بالمعروف وهو كان غائبا وقال في كتاب المفقود وان استوثق منه بكفيل فحسن لجواز ان يكون أخذ النفقة أو بعث الغائب بنفقته فيقصد الأخذ ثانيا والقاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فاذا كان الغائب عاجزاً عن النظر لنفسه نظر القاضى له بأخذ الكفيل ان شاء وان شاء ضمنهم ذلك ولم يأخذ منهم كفيلا فهو مستقيم أيضاً لانه ليس هنا خصم يطلب من القاضى أخذ الكفيل وانما يجب ذلك على القاضى عند طلب الخصم ﴿قال﴾ فان كان له عند هؤلاء مال فأنفقه على نفسه أجزته ولم أضمنه لانه ظفر بجنس حقه فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عند غيرهم فأعطاهم بغير أمر القاضى حتى أنفقوا كان ضامنا له لانه مأمور بالحفظ ودفعه الى غيره لينفق ليس من الحفظ فيصير به مخالفا ضامنا وهو نظير ما لو أراد المودع أن يقضى بالوديعة دين المودع ليس له ذلك ويصير ضامناً ان فعله وان كان صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه ﴿قال﴾ وان باع أحد منهم متاع الغائب للنفقة أبطلت بيعه ما خلا الاب المحتاج فانى أجيز بيعه على ولده الغائب فيما سوى العقار استحسانا لما ينفقه على

Maktaba Tul Ishaat.com

نفسه ولا يجوز فى العقار الا ان يكون الولد صغيراً وهـذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى في كتاب المفقود ﴿قال﴾ وكذلك قياس قوله فى المفقود وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايجوز بيع الاب أيضاً على ابنه الكبير الغائب فى العقار كما لايجوز بيع غيره والقياس ماقالا لان ولاية الاب قد زالت ببلوغ الصبي عن عقـل فيكون هو فى بيع أمواله كغيره يدل عليه ان النفـقة لاتكون أوجب من سائر الديون وليس للأب بيع شئ من متاع ولده فى دين له عليه ولا يقضى القاضي بذلك أيضاً لما فيه من القضاء على الغائب فكذلك في النفقة واستحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لاتبيع عروض الولد فى نفقتها فكذلك الاب واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ ولكن بقى أثرها ولهذا صح منه الاستيلاد فى جارية الابن فلبقاء أثر ولايته كان له أن يبيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العروض يخشى عليه من الهلاك وحفظ الثمن أيسر وولاية الحفظ تثبت لمن يثبت له ولاية التصرف كالوصى فى حق الوارث الكبير الغائب له ولاية الحفظ وبيع العروض فكذلك للاب ذلك وبعد البيع الثمن من جنس حقه فله ان يأخذ منه مقدار النفقة فاما بيع العقار ليس من الحفظ لانه محصن بنفسه فلا يملك ذلك الا بمطلق اولاية وهو عند صغر الولد أو جنونه واذا باع عند ذلك أخذ من الثمن نفقته لانه من جنس حقه وبخلاف الام وسائر الاقارب لانه لم تكن لهم ولاية التصرف فى حالة الصغر ليبقي أثر تلك الولاية بعد البلوغ وكذلك ليس لهم ولاية حفظ المال فلهذا لا يجوز منهم بيع العروض ﴿قال﴾ ولا يجبر المسلم على نفقة الكفار من قرابته ولا الكفار على نفقة المسلمين من قرابتهم لان هذا الاستحقاق بصلة ولاية الوراثة شرعا وبسبب اختلاف الدين ينعدم التوارث الا الوالدين والولد والزوجة أما استحقاق الزوجة للنفقة بسبب العقد وذلك متحقق مع اختلاف الدين أما فى حق الوالدين والولد القياس أن لا يثبت استحقاق النفقة مع اختلاف الدين لان استحقاقها بطريق الصلة كنفقة الاقارب ولكنه استحسن فقال يجب على الولد المسلم نفقة أبويه الذميين لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتقلب فى نعم الله ويدعهما يموتان جوعا والنوافل والاجداد والجدات من قبل الاب والام بمنزلة الابوين فى ذلك لان استحقاقهم باعتبار الولاد بمنزلة استحقاق الابوين ﴿قال﴾ واذا مات الاب وللولد الصغير أم وجد أب الاب فنفقته

Maktaba Tul Ishaat.com

عليهما على قدر ميراثهما أثلاثا بخلاف الاب في ظاهر الرواية فانه لا يشاركه فى النفقة أحد لحقيقة الجزئية بينه وبين الولد وذلك لا يوجد فى حق الجد فان اتصال النافلة بواسطة الاب كاتصال الأخ فكما أن فى الاخ والام النفقة عليهما بحسب الميراث اذا كانا موسرين فكذلك فى الجد والام النفقة عليهما بحسب الميراث ﴿قال﴾ وان كان للولد خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وان كان الميراث لابن العم لان النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فتكون النفقة عليه اذا كان موسراً ﴿قال﴾ واذا كان الرجل زمنا معسراً وله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقين أهل يسار فنفقة الرجل تكون على أخيه لاب وأم وعلى أخيه لأم اسداسا بحسب ميراثهما منه وأما نفقة الاولاد فعلى الاخ لأب وأم خاصة لانه له ميراث الولد عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وأم فلا يرث معه العم لاب ولا العم لأم والحاصل أن من يكون محتاجا يجعل في حكم المعدوم فتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب ميراثه واذا كان الولد بنتا كانت نفقة الاب والبنت على الاخ لأب وأم خاصة أما نفقة البنت فلما بينا وأما نفقة الاب فلأن الوارث هنا هو الاخ لأب وأم خاصة لان الاخ لأب وأم يرث مع البنت والاخ لأم لا يرث مع البنت فلا حاجة الى أن تجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه أحد من الاخوة فلا بد أن يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فيراث الاب بين الاخ لأب وأم والاخ لأم أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك ﴿ قال ﴾ وان كان مكان الاخوة أخوات متفرقات فان كان الولد ذكراً فنفقة الاب على أخواته أخماسا لان أحداً من الاخوات لا يرث مع الابن فلا بد من أن يجعل الابن كالمعدوم وبعد ذلك الميراث بينهن أخماسا ثلاثة أخماسه للأخت لأب وأم وخمسه للأخت لأب وخمسه للأخت لأم بطريق الفرض والرد فالنفقة عليهم بحسب ذلك ونفقة الولد على الاخت من الاب والام خاصة في قول علمائنا لان ميراثه اذا مات عند عدم الوالد للعمة لأب وأم خاصة دون العمة لأب أو لأم أما فى قول من يورث العمات المتفرقات كما يورث الاخوات وهو قول أهل التنزيل فنفقة الولد عليهن أيضاً أخماسا بحسب الميراث ومن قال بقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فى الميراث قال نفقة الأب تكون على الأخت لاب

Maktaba Tul Ishaat.com

السدس من ذلك والباقي أرباع على الاخت لأب وأم ثلاثة أرباعه وعلى الاخت لأم ربعه بحسب الميراث فانه لا يرى الرد على الاخت لأب مع الاخت لأب وأم فان كان الولد بنتا فنفقة الاب على الاخت لأب وأم خاصة لانهاوارثة مع البنات فان الاخوات مع البنات عصبة فلا تجعل البنت كالمعدوم هنا ولكن لو مات الاب كان نصف ميراثه للبنت والباقي للأخت لأب وأم فكذلك نفقته على الاخت لأب وأم وكذلك نفقة البنت في قولهم جميعا الا في قول أهل التنزيل فانهم يجعلون الميراث بين العمات أخماسا فنفقة البنت عليهن أخماسا أيضاً وأما عندنا ميراث البنت عند عدم الأب كله للعمة لأب وأم فالنفقة عليها أيضاً ثم أشار الى الاصل الذي قلنا انه ينظر الى وارث الاب فان كان يحرز الميراث كله وهو معسر جعلته كالميت ثم نظرت الى من يرثه فجعلت النفقة عليهم على قدر ميراثهم فان كان الذي يرثه لا يحرز الميراث كله جعلت النفقة على من يرث معه ﴿قال﴾ امرأة معسرة ولها ولد موسر وأم موسرة فنفقتها على الولد دون الام وكذلك الاب نفقته على ابنه دون أبيه للتأويل الثابت له في مال ولده بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك ولا يوجد ذلك في حق الوالد ولا في حق الام وكما لا يشارك الوالد في النفقة على الولد أحد فكذلك لا يشارك الولد في النفقة على الوالدين أحد من أم ولا أب ولا جد ﴿قال﴾ ويجبر أهل الذمة فيما بينهم على النفقة كما يجبر أهل الاسلام وان اختلفت مللهم في الكفر لانهم أهل ملة واحدة يتوارثون مع اختلاف النحل فيثبت حكم استحقاق النفقة فيما بينهم أيضاً ولا يجبر الموسر على نفقة المعسر من قرابته اذا كان رجلا صحيحاً وان كان لا يقدر على الكسب لان الصحيح الذي لا زمانة به لا يعجز عن كسب القوت عادة وبناء الحكم على العادة الظاهرة دون النادر الا في الوالدين خاصة وفي الجد أب الاب اذا مات أب الولد فانه يجبر الولد على نفقته وان كان صحيحاً لدفع الأذى الذي يلحقه للكد والتعب على ما بينا ﴿قال﴾ ولا يجبر المملوك والمكاتب على نفقة أحد من قرابته لان كسب المملوك لمولاه والمكاتب ليس له في كسبه ملك في الحقيقة بل هو دائر بينه وبين مولاه فلا يلزمه نفقة أحد من قرابته الا ولده المولود في الكتابة من أمته فانه داخل في كتابته وكسبه له لتكون نفقته عليه ﴿قال﴾ ولا يجبر المسلم ولا الذمي على النفقة لوالديه وولده من أهل الحرب وان كانوا مستأمنين في دار الاسلام لان الاستحقاق بطريق الصلة ولا يثبت للحربي استحقاق الصلة على من هو

Maktaba Tul Ishaat.com

أهل دار الاسلام الاترى انهما لايتوارثان وان كانا على ملة واحدة من الكفر فكذلك استحقاق النفقة لبعضهم على البعض ﴿قال﴾ ونفقة المعتوه على ابنه دون أبيه لتأويل الملك له فى مال ابنه دون مال أبيه الاترى انه لو كان صحيحاً معسرا كانت نفقته على الابن دون الاب فكذلك اذا كان معتوها والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

قال رحمه الله تعالى هذا آخر شرح كتاب النكاح * بالمأثور من

المعانى والآثار الصحاح * أملاه المنتظر للفرج والفلاح *

مصليا على المبعوث بالحق بالسيوف والرماح *

وعلى آله وأصحابه أهل التقى والصلاح *

الذين مهدوا قواعد الحق

وسلكوا طريق

النجاح

﴿تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس﴾

﴿وأوله كتاب الطلاق﴾

Maktaba Tul Ishaat.com

Maktaba Tul Ishaat.com

فهرس الجزء الخامس من كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

صحيفة

Maktaba Tul Ishaat.com

صحیفه

(تمت)

Maktaba Tul Ishaat.com